

SINOPSES
JURÍDICAS

6

Tomo I

Direito das Obrigações

Parte Especial
Contratos

Carlos Roberto
Gonçalves

*Direito
das Obrigações*
Parte Especial
Contratos

saraivajur.com.br

Visite nosso portal

SINOPSES JURÍDICAS

Carlos Roberto Gonçalves

Mestre em Direito Civil pela PUCSP.

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Membro da Academia Brasileira de Direito Civil.

Direito das Obrigações Parte Especial Contratos

13ª edição

2011

Volume 6, tomo I

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SACJUR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro

Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURÍ (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro

Fone: (14) 3234-3643 — Fax: (14) 3234-7401 — Bauri

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2511

Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro

Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha

Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro

Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 — Barra Funda

Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

ISBN 978-85-02-11467-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gonçalves, Carlos Roberto

Direito das obrigações, parte especial : tomo I, contratos
/ Carlos Roberto Gonçalves. — 13. ed. — São Paulo : Saraiva,
2011. — (Coleção sinopses jurídicas; v. 6, t. I)

1. Direito civil I. Título. II. Série.

10-10453

CDU-347

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito civil

347

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lúcia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Claudirene de Moura Santos Silva

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Adriana Barbieri de Oliveira

Serviços editoriais Carla Cristina Marques

Elaine Cristina da Silva

Capa Aero Comunicação

Data de fechamento da edição: 25-8-2010

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

ABREVIATURAS

Ap.	—	Apelação
art.	—	artigo
CC	—	Código Civil
c/c	—	combinado com
CCom	—	Código Comercial
CDC	—	Código de Defesa do Consumidor
cf.	—	conferir
CF	—	Constituição Federal
CLT	—	Consolidação das Leis do Trabalho
CP	—	Código Penal
CPC	—	Código de Processo Civil
CPP	—	Código de Processo Penal
Dec.-Lei	—	Decreto-Lei
DOU	—	<i>Diário Oficial da União</i>
EAOAB	—	Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil
EREsp	—	Embargos no Recurso Especial
inc.	—	inciso
j.	—	julgado
JTACSP	—	<i>Julgados do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo</i>
LA	—	Lei da Arbitragem
LI	—	Lei do Inquilinato
LRP	—	Lei dos Registros Públicos
Min.	—	Ministro
n.	—	número
p.	—	página
p. ex.	—	por exemplo
Rel.	—	Relator
REsp	—	Recurso Especial

<i>RF</i>	—	<i>Revista Forense</i>
<i>RJTJSP</i>	—	<i>Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo</i>
<i>RT</i>	—	<i>Revista dos Tribunais</i>
<i>RTJ</i>	—	<i>Revista Trimestral de Jurisprudência</i>
s.	—	seguintes
STF	—	Supremo Tribunal Federal
STJ	—	Superior Tribunal de Justiça
T.	—	Turma
TACSP	—	Tribunal de Alçada Civil de São Paulo
TJRJ	—	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	—	Tribunal de Justiça de São Paulo
v.	—	volume
<i>v.</i>	—	<i>vide</i>
v. u.	—	votação unânime

ÍNDICE

Abreviaturas.....	5
-------------------	---

PRIMEIRA PARTE

DOS CONTRATOS.....	13
--------------------	----

Título I – TEORIA GERAL DOS CONTRATOS	13
---	----

Capítulo I – NOÇÃO GERAL DE CONTRATO.....	13
---	----

1. Conceito.....	13
2. Evolução histórica. Função social do contrato	14
3. Condições de validade	15
4. Princípios fundamentais do direito contratual	18
5. Interpretação dos contratos.....	23
6. Pactos sucessórios	24
7. Formação do contrato	28
7.1. A proposta.....	28
7.1.1. A oferta no Código Civil.....	28
7.1.2. A oferta no Código de Defesa do Consumidor	30
7.2. A aceitação.....	30
7.3. Contratos entre ausentes.....	32
7.4. Lugar da celebração	32
8. Impossibilidade da prestação	33

Capítulo II – CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS	36
---	----

9. Contratos unilaterais, bilaterais e plurilaterais.....	36
10. Contratos bilaterais.....	37
10.1. <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> e condição resolutiva tácita .	37
10.2. Distrato e quitação	39

11. Contratos gratuitos (benéficos) e onerosos	40
12. Contratos comutativos e aleatórios.....	40
13. Contratos paritários e de adesão. Contrato-tipo.....	42
14. Contratos de execução instantânea, diferida e de trato sucessivo .	44
15. Contratos personalíssimos e impessoais	44
16. Contratos individuais e coletivos.....	45
17. Contratos principais e acessórios. Contratos derivados.....	45
18. Contratos solenes e não solenes	46
19. Contratos consensuais e reais	46
20. Contratos preliminares e definitivos	46
21. Contratos nominados (típicos), inominados (atípicos), mistos e coligados	48
22. Contrato com pessoa a declarar	49
Capítulo III – DA ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO	54
23. Conceito e natureza jurídica	54
24. Regulamentação.....	54
Capítulo IV – DA PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO	56
Capítulo V – DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS	57
25. Disciplina no Código Civil.....	57
25.1. Conceito.....	57
25.2. Fundamento jurídico.....	57
25.3. Ações edilícias	58
25.4. Requisitos.....	60
26. Disciplina no Código de Defesa do Consumidor	60
Capítulo VI – DA EVICÇÃO	64
27. Conceito e fundamento jurídico.....	64
28. Extensão da garantia	64
29. Requisitos da evicção	66
Capítulo VII – DA EXTINÇÃO DO CONTRATO	69
30. Modo normal de extinção.....	69
31. Extinção sem cumprimento.....	69
31.1. Causas anteriores ou contemporâneas	69
31.2. Causas supervenientes à formação do contrato.....	71
Título II – DOS CONTRATOS EM ESPÉCIE.....	75
Capítulo I – DA COMPRA E VENDA.....	75

Seção I — Disposições gerais.....	75
32. Introdução	75
33. Natureza jurídica	76
34. Elementos da compra e venda.....	76
34.1. Consentimento	77
34.2. Preço	77
34.3. Coisa.....	78
35. Efeitos da compra e venda	79
36. Limitações à compra e venda	81
36.1. Venda de ascendente a descendente	81
36.2. Aquisição de bens por pessoa encarregada de zelar pelos in- teresses do vendedor	83
36.3. Venda da parte indivisa em condomínio.....	84
36.4. Venda entre cônjuges.....	85
37. Vendas especiais.....	86
37.1. Venda mediante amostra	86
37.2. Venda <i>ad corpus</i> e venda <i>ad mensuram</i>	86
Seção II — Das cláusulas especiais à compra e venda	88
38. Da retrovenda.....	88
39. Da venda a contento e da sujeita a prova	89
40. Da preempção ou preferência	90
41. Da venda com reserva de domínio	91
42. Da venda sobre documentos	92
Capítulo II — DA TROCA	98
Capítulo III — DO CONTRATO ESTIMATÓRIO	100
43. Conceito e natureza jurídica	100
44. Regulamentação.....	100
Capítulo IV — DA DOAÇÃO	102
45. Conceito e características.....	102
46. Promessa de doação.....	103
47. Espécies de doação	104
48. Restrições legais.....	109
49. Da revogação da doação	110
49.1. Casos comuns a todos os contratos	111
49.2. Por descumprimento do encargo.....	111
49.3. Por ingratidão do donatário	112

Capítulo V — DA LOCAÇÃO DE COISAS	118
50. Conceito e elementos.....	118
51. Obrigações do locador	119
52. Obrigações do locatário	119
53. Disposições complementares.....	120
54. Locação de prédios.....	120
55. Locação de prédio urbano	121
Capítulo VI — DO EMPRÉSTIMO	126
Seção I — Do comodato.....	126
56. Conceito e características.....	126
57. Obrigações do comodatário	127
58. Extinção do comodato	128
Seção II — Do mútuo.....	128
59. Conceito e características.....	128
60. Empréstimo em dinheiro.....	130
Capítulo VII — DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO	133
61. Conceito.....	133
62. Resolução	133
Capítulo VIII — DA EMPREITADA	135
63. Características.....	135
64. Espécies.....	135
65. Verificação e recebimento da obra	136
Capítulo IX — DO DEPÓSITO	139
66. Conceito e características.....	139
67. Espécies.....	140
68. Obrigações do depositário	141
69. Prisão do depositário infiel	142
Capítulo X — DO MANDATO	145
70. Conceito e características.....	145
71. Pessoas que podem outorgar e receber mandato.....	146
72. Requisitos da procuração.....	147
73. Espécies.....	147
74. Obrigações do mandatário.....	149
75. Obrigações do mandante.....	150
76. Extinção do mandato	150

77. Irrevogabilidade do mandato.....	152
78. Mandato judicial	153
Capítulo XI – DA COMISSÃO	157
79. Conceito e natureza jurídica	157
80. Comissão <i>del credere</i>	158
Capítulo XII – DA AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO	160
81. Conceito e natureza jurídica	160
82. Regulamentação.....	160
Capítulo XIII – DA CORRETAGEM.....	162
83. Conceito e natureza jurídica	162
84. Direitos e deveres do corretor.....	163
Capítulo XIV – DO TRANSPORTE	165
85. Conceito e natureza jurídica	165
86. Espécies.....	166
87. Do transporte de pessoas.....	166
88. Do transporte de coisas.....	169
Capítulo XV – DO SEGURO.....	171
89. Conceito e características.....	171
90. Espécies.....	173
91. Obrigações do segurado	176
92. Obrigações do segurador	177
Capítulo XVI – DA CONSTITUIÇÃO DE RENDA.....	181
93. Conceito.....	181
94. Características.....	181
Capítulo XVII – DO JOGO E DA APOSTA	183
Capítulo XVIII – DA FIANÇA.....	186
95. Conceito e características.....	186
96. Espécies e requisitos	187
97. Efeitos.....	188
98. Extinção da fiança	189
Capítulo XIX – DA TRANSAÇÃO.....	193
99. Conceito e natureza jurídica	193
100. Espécies	194

101. Principais características.....	195
102. Objeto	197
103. Efeitos em relação a terceiros.....	198

Capítulo XX — DO COMPROMISSO E DA ARBITRAGEM..... 200

104. Conceito.....	200
105. Natureza jurídica	201
106. Constitucionalidade da arbitragem	201
107. Cláusula compromissória e compromisso arbitral	202
108. Espécies de compromisso arbitral	203
109. Requisitos.....	204
110. Extinção do compromisso arbitral.....	204
111. Dos árbitros.....	205
112. Do procedimento arbitral	205
113. Da sentença arbitral.....	205
114. Irrecorribilidade da decisão arbitral.....	206

SEGUNDA PARTE

DOS ATOS UNILATERAIS..... 209

Capítulo I — DA PROMESSA DE RECOMPENSA..... 209

Capítulo II — DA GESTÃO DE NEGÓCIOS..... 212

115. Conceito e pressupostos.....	212
116. Obrigações do gestor e do dono do negócio.....	213

Capítulo III — DO PAGAMENTO INDEVIDO..... 215

117. Conceito e espécies	215
118. <i>Acipiens</i> de boa e de má-fé	216
119. Recebimento indevido de imóvel.....	216
120. Pagamento indevido sem direito à repetição.....	217

Capítulo IV — DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA..... 220

121. Conceito	220
122. Requisitos da ação de <i>in rem verso</i>	221

Capítulo V — DO TÍTULO AO PORTADOR..... 223

PRIMEIRA PARTE

DOS CONTRATOS

TÍTULO I TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

CAPÍTULO I NOÇÃO GERAL DE CONTRATO

1 CONCEITO

Contrato é fonte de obrigação. Fonte é o fato que dá origem a esta, de acordo com as regras de direito. Os fatos humanos que o Código Civil brasileiro considera geradores de obrigação são: **a)** os contratos; **b)** as declarações unilaterais da vontade; e **c)** os atos ilícitos, dolosos e culposos. Como é a *lei* que dá eficácia a esses fatos, transformando-os em fontes diretas ou *imediatas*, aquela constitui fonte *mediata* ou *primária* das obrigações. É a lei que disciplina os efeitos dos contratos, que obriga o declarante a pagar a recompensa prometida e que impõe ao autor do ato ilícito o dever de ressarcir o prejuízo causado. Há obrigações que, entretanto, resultam diretamente da *lei*, como a do empregador prestar alimentos (CC, art. 1.694), a do empregador indenizar os danos causados por seus empregados (CC, art. 932, III), a *propter rem* imposta aos vizinhos etc.

O Código Civil de 2002 disciplina, em vinte capítulos, vinte e três espécies de contratos nominados (arts. 481 a 853) e cinco de de-

clarações unilaterais da vontade (arts. 854 a 886 e 904 a 909). Contém ainda um título referente às obrigações por atos ilícitos (“Da Responsabilidade Civil”, arts. 927 a 954). Começaremos o estudo pelo contrato, que é comumente conceituado, desde Beviláqua, como o *acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir direitos*. Constitui o mais expressivo modelo de negócio jurídico bilateral.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O direito romano distinguiu *contrato* de *convenção*. Esta representava o gênero, do qual o contrato e o *pacto* eram espécies. Hoje, no entanto, tais expressões são empregadas como sinônimas, malgrado a praxe de se designar os contratos acessórios de pactos (pacto comissório, pacto antenupcial etc.). A ideia de um contrato com predominância da *autonomia da vontade*, em que as partes discutem livremente as suas condições em situação de igualdade, deve-se aos conceitos traçados para o contrato nos códigos francês e alemão. Entretanto, essa espécie de contrato, essencialmente privado e paritário, representa hodiernamente uma pequena parcela do mundo negocial. Os contratos em geral são celebrados com a pessoa jurídica, com a empresa, com os grandes capitalistas e com o Estado. A economia de massa exige *contratos impessoais e padronizados* (contratos-tipo ou de massa), que não mais se coadunam com o princípio da autonomia da vontade. O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um *dirigismo contratual*, em certos setores que interessam a toda a coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum.

No direito civil, o contrato está presente não só no direito das obrigações, como também no direito de empresa, no direito das coisas (transcrição, usufruto, servidão, hipoteca etc.), no direito de família (casamento) e no direito das sucessões (partilha em vida). Trata-se de figura jurídica que ultrapassa o âmbito do direito civil, sendo expressivo o número de contratos de direito público hoje celebrados.

O contrato tem uma *função social*, sendo veículo de circulação da riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista. O Código Civil de 2002 tornou explícito que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da *boa-fé e da probidade* (arts. 421 e 422).

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes. O art. 421 do Código Civil subordina a liberdade contratual à sua *função social*, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública. Alia-se tal função aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.

O Código do Consumidor estabeleceu princípios gerais de proteção que, pela sua amplitude, passaram a ser aplicados também aos contratos em geral, mesmo que não envolvam relação de consumo. Destacam-se o princípio geral da boa-fé (art. 51, IV), o da obrigatoriedade da proposta (art. 51, VIII) e o da intangibilidade das convenções (art. 51, X, XI e XIII). No capítulo concernente às *cláusulas abusivas*, o referido diploma introduziu os princípios tradicionais da lesão nos contratos (art. 51, IV e § 1º) e da onerosidade excessiva (art. 51, § 1º, III). Vários desses princípios foram reafirmados pelo Código Civil. Proclama a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Por sua vez, dispõe a Súmula 381 da mesma Corte: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

3 CONDIÇÕES DE VALIDADE

Os requisitos ou condições de validade dos contratos são de duas espécies: **a)** de *ordem geral*, comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104); **b)** de *ordem especial*, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades.

A *capacidade* dos contratantes é, pois, o primeiro requisito (condição subjetiva) de *ordem geral* para a validade dos contratos. Estes serão nulos (art. 166, I) ou anuláveis (art. 171, I), se a incapacidade, absoluta ou relativa, não for suprida pela representação ou pela assistência.

O *objeto* do contrato há de ser *lícito*, isto é, não atentar contra a lei, a moral ou os bons costumes (condição objetiva). Quando é imoral, os tribunais por vezes aplicam o princípio de direito segundo o qual ninguém pode valer-se da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Tal princípio é acolhido pelo legislador nos arts. 150, que trata do dolo ou torpeza bilateral, e 883 do Código Civil que proíbe a repetição do pagamento feito para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Além de lícito, o objeto do contrato deve ser, também, *possível, determinado ou determinável*. Com efeito, o art. 166, II, do Código Civil declara nulo o negócio jurídico quando for ilícito, *impossível ou indeterminável* o seu objeto. A impossibilidade da prestação pode ser *física* ou *jurídica*. A primeira é a que emana de leis físicas ou naturais. Deve ser absoluta, isto é, atingir a todos, indistintamente (p. ex., a de colocar a água dos oceanos em um copo d'água). A relativa, que atinge o devedor mas não outras pessoas, não constitui obstáculo ao negócio jurídico (CC, art. 106). Impossibilidade jurídica do objeto ocorre quando o ordenamento proíbe negócios a respeito de determinado bem, como a herança de pessoa viva (CC, art. 426), as coisas fora do comércio etc. A ilicitude do objeto é mais ampla, pois abrange atos contrários à moral e aos bons costumes. O objeto do contrato, por fim, deve ter algum *valor econômico*. Um grão de areia, por exemplo, não interessa ao mundo jurídico, por não suscetível de apreciação econômica.

O terceiro requisito de validade do negócio jurídico é a *forma* (*forma dat esse rei*, ou seja, a forma dá existência às coisas). Deve ser a prescrita ou não defesa em lei. Em regra, a forma é livre. As partes podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular (CC, art. 107). Em alguns casos a lei reclama também a publicidade, mediante o sistema de Registros Públicos (CC, art. 221).

O requisito de *ordem especial*, próprio dos contratos, é o *consentimento recíproco* ou *acordo de vontades*. Deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa (CC, art. 111). *Expressa* é a exteriorizada verbalmente, por escrito, gesto ou mímica, de forma inequívoca. Algumas vezes a lei exige o consentimento *escrito* como requisito de validade da avença. É o que ocorre na atual Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91), cujo art. 13 prescreve que a sublocação e o empréstimo do prédio locado dependem de consentimento, *por escrito*, do locador. Não havendo na lei tal exigência, vale a manifestação *tácita*, que se infere da conduta do agente. Nas doações puras, por exemplo, muitas vezes o donatário não declara que aceita o objeto doado, mas o seu comportamento (uso, posse, guarda) demonstra a aceitação. O *silêncio* pode ser interpretado como manifestação tácita da vontade quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa (CC, art. 111), e, também, quando a lei o autorizar, como nos arts. 539 (doação pura), 512 (venda a contento), 432 (praxe comercial) etc., ou, ainda, quando tal efeito ficar convencionado em um pré-contrato. Nesses casos o silêncio é considerado *circunstanciado* ou *qualificado*.

Como o contrato, por definição, é um acordo de vontades, não se admite a existência de *autocontrato* ou *contrato consigo mesmo*. O que há, na realidade, são situações que se assemelham a contrato dessa natureza, como ocorre no cumprimento de *mandato em causa própria*, previsto no art. 685 do Código Civil, em que o mandatário recebe poderes para alienar determinado bem, por determinado preço, a terceiros ou a si próprio. Na última hipótese, aparece apenas uma pessoa ao ato da lavratura da escritura, mas só aparentemente, porque o mandatário está ali também representando o mandante. Este, quando da outorga da procuração, já fez uma declaração de vontade. Preceitua a Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça: “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”. A razão é que tal situação configura modalidade de contrato consigo mesmo. A propósito, preceitua o art. 117

do Código Civil: “Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo”.

4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONTRATUAL

Os mais importantes princípios do direito contratual são:

- a) Princípio da *autonomia da vontade* — Significa ampla liberdade de contratar. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados. Tal princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual. Como a vontade manifestada deve ser respeitada, a avença faz lei entre as partes, assegurando a qualquer delas o direito de exigir o seu cumprimento.
- b) Princípio da *supremacia da ordem pública* — Limita o da autonomia da vontade, dando prevalência ao interesse público. Resultou da constatação, feita no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco. Em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para restabelecer e assegurar a igualdade dos contratantes. Surgiram os movimentos em prol dos direitos sociais e a defesa destes nas encíclicas papais. Começaram, então, a ser editadas leis destinadas a garantir, em setores de vital importância, a supremacia da ordem pública, da moral e dos bons costumes, podendo ser lembradas, entre nós, as diversas leis do inquilinato, a Lei da Usura, a Lei da Economia Popular, o Código de Defesa do Consumidor e outras. A intervenção do Estado na vida contratual é, hoje, tão intensa em determinados campos (telecomunicações, consórcios, seguros, sistema financeiro etc.) que se configura um verdadeiro *dirigismo contratual*.
- c) Princípio do *consensualismo* — Decorre da moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, inde-

pendentemente da entrega da coisa. A compra e venda, por exemplo, quando pura, torna-se perfeita e obrigatória, desde que as partes acordem no objeto e no preço (CC, art. 482). O contrato já estará perfeito e acabado desde o momento em que o vendedor aceitar o preço oferecido pela coisa, independentemente da entrega desta. O pagamento e a entrega do objeto constituem outra fase, a do cumprimento das obrigações assumidas pelos contraentes (CC, art. 481). Os contratos são, em regra, consensuais. Alguns poucos, no entanto, são *reais* (do latim *res*: coisa), porque somente se aperfeiçoam com a entrega do objeto, subsequente ao acordo de vontades. Este, por si, não basta. O contrato de depósito, por exemplo, só se aperfeiçoa depois do consenso e da entrega do bem ao depositário. Enquadram-se nessa classificação, também, dentre outros, os contratos de comodato e mútuo.

- d) Princípio da *relatividade* dos contratos — Funda-se na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, não afetando terceiros. Desse modo, a obrigação, não sendo personalíssima, opera somente entre as partes e seus sucessores, a título universal ou singular. Só a obrigação personalíssima não vincula os sucessores. O aludido princípio comporta, entretanto, algumas *exceções* expressamente consignadas na lei, permitindo estipulações em favor de terceiros, reguladas nos arts. 436 a 438 (comum nos seguros de vida e nas separações judiciais consensuais) e convenções coletivas de trabalho, por exemplo, em que os acordos feitos pelos sindicatos beneficiam toda uma categoria.
- e) Princípio da *obrigatoriedade* dos contratos — Representa a força vinculante das convenções. Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo. Tem por fundamentos: **a)** a *necessidade de segurança nos negócios* (função social dos contratos), que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; **b)** a *intangibilidade* ou *imutabilidade do contrato*, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), não podendo ser alterado nem pelo juiz. Qualquer modifi-

cação ou revogação terá de ser, também, bilateral. O seu inadimplemento confere à parte lesada o direito de fazer uso dos instrumentos judiciais para obrigar a outra a cumpri-lo, ou a indenizar pelas perdas e danos, sob pena de execução patrimonial (CC, art. 389). A única limitação a esse princípio, dentro da concepção clássica, é a escusa por caso fortuito ou força maior, consignada no art. 393 e parágrafo único do Código Civil.

- f) Princípio da *revisão* dos contratos (ou da *onerosidade excessiva*) — Opõe-se ao da *obrigatoriedade*, pois permite aos contratantes recorrerem ao Judiciário para obter alteração da convenção e condições mais humanas, em determinadas situações. Originou-se na Idade Média, mediante a constatação, atribuída a Neratius, de que fatores externos podem gerar, quando da execução da avença, uma situação muito diversa da que existia no momento da celebração, onerando excessivamente o devedor. A teoria recebeu o nome de *rebus sic stantibus*, e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma *cláusula*, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários (uma guerra, p. ex.), que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente.

Depois de permanecer longo tempo no esquecimento, a referida teoria foi lembrada no período da I Guerra Mundial de 1914 a 1918, que provocou um desequilíbrio nos contratos de longo prazo. Alguns países regulamentaram a revisão dos contratos em leis próprias. Na França, editou-se a *Lei Faillot*, de 21 de janeiro de 1918. Na Inglaterra, recebeu a denominação de *Frustration of Adventure*. Outros a acolheram em seus Códigos, fazendo as devidas adaptações às condições atuais. Entre nós, foi adaptada e difundida por Arnaldo Medeiros da Fonseca, com o nome de *teoria da imprevisão*, em sua obra *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Em razão da forte resistência oposta à teoria revisionista, o referido autor incluiu o requisito da *imprevisibilidade*, para possibilitar a sua adoção. Assim, não era mais suficiente a ocorrência de um fato extraordinário, para justificar a alteração contratual. Passou

a ser exigido que fosse também *imprevisível*. É por essa razão que os tribunais não aceitam a inflação como causa para a revisão dos contratos. Tal fenômeno é considerado previsível entre nós.

O Código Civil de 1916 não regulamentou expressamente a revisão contratual. Porém, o princípio que permite a sua postulação em razão de modificações da situação de fato foi acolhido em artigos esparsos, como o 401, que permitia o ajuizamento de ação revisional de alimentos, se sobreviesse mudança na fortuna de quem os supria, podendo ser ainda lembrados, como exemplos, os arts. 954 e 1.058 do mesmo diploma. Na realidade, a cláusula *rebus sic stantibus* e a *teoria da imprevisão* eram aplicadas entre nós somente em casos excepcionais e com cautela, desde que demonstrados os seguintes *requisitos*: **a)** vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou de trato sucessivo; **b)** ocorrência de fato extraordinário e imprevisível; **c)** considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em confronto com a que existia por ocasião da celebração; **d)** onerosidade excessiva para um dos contratantes e vantagem exagerada para o outro. Em linha geral, não se aplicam aos contratos aleatórios, porque envolvem um risco, salvo se o imprevisível decorrer de fatores estranhos ao risco próprio do contrato. O Código de 2002 dedicou uma seção, composta de três artigos, à resolução dos contratos por onerosidade excessiva. Dispõe, com efeito, o art. 478 que “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. A resolução poderá ser evitada, “oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato” (art. 479). Os requisitos exigidos, portanto, são os mesmos suprarreferidos.

Estatui, ainda, o art. 480 do mesmo diploma que, “se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. O aludido dispositivo permite que o pedido não resulte necessariamente na resolução do contrato, mas se converta em um reajuste equitativo da contraprestação. A revisão deve ser escolhida como objetivo preferencial, só admitida pelo juiz a resolução se aquela malograr.

g) Princípio da *boa-fé* — Exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Preceitua o art. 422 do Código Civil que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O princípio da boa-fé biparte-se em boa-fé *subjetiva*, também chamada concepção *psicológica* da boa-fé, e boa-fé *objetiva*, também denominada concepção *ética* da boa-fé. A primeira diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos. Serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra a realidade. A boa-fé *objetiva* classifica-se como norma de comportamento, fundada em um princípio geral do direito segundo o qual todos devem agir de boa-fé nas suas relações recíprocas. Nessa aceção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, em especial no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio.

A cláusula geral da boa-fé objetiva é tratada no Código Civil em três dispositivos, sendo de maior repercussão o art. 422. Os demais são: o art. 113 e o art. 187.

Um dos principais efeitos da boa-fé no campo dos contratos traduz-se na proibição de *venire contra factum proprium*, ou seja, na vedação de que a parte exerça uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. O Enunciado 362 da IV Jornada de Direito Civil assim dispõe: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos artigos 187 e 422 do Código Civil”.

Supressio, *surrectio* e *tu quoque* são também conceitos correlatos à boa-fé. Na *supressio* um direito não exercido durante determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. O comprador que deixa de retirar as mercadorias, por exemplo, não pode obrigar o vendedor a guardá-las por tempo indeterminado. A *surrectio* é a outra face da *supressio*, pois consiste no nascimento de um

direito, consequente à continuada prática de certos atos. Assim, a duradoura distribuição de lucros da sociedade comercial em desacordo com os estatutos, *verbis gratia*, pode gerar o direito de recebê-los do mesmo modo, para o futuro. O *tu quoque* veda que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo.

5 INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

Proclama o art. 114 do Código Civil que “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”. *Benéficos* ou *gratuitos* são os que envolvem uma liberalidade: somente um dos contratantes se obriga, enquanto o outro apenas auferir um benefício. A doação pura constitui o melhor exemplo dessa espécie. Devem ter interpretação estrita porque representam renúncia de direitos. Não só a lei, mas também o contrato deve ser interpretado. Muitas vezes a execução exige a interpretação de suas cláusulas, nem sempre muito claras. A vontade das partes exterioriza-se por meio de sinais ou símbolos, dentre os quais as palavras. Nos contratos escritos, a análise do texto (interpretação *objetiva*) conduz, em regra, à descoberta da intenção das partes. Parte-se, portanto, da declaração escrita para se chegar à vontade dos contratantes (interpretação *subjetiva*), alvo principal da operação. Quando, no entanto, determinada cláusula mostra-se obscura, passível de dúvida, e um dos contratantes demonstra que não representa com fidelidade a vontade manifestada por ocasião da celebração da avença, deve-se considerar verdadeira esta última, pois o art. 112 do Código Civil declara que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Portanto, o Código Civil brasileiro deu prevalência à *teoria da vontade* sobre a da *declaração*.

Dois princípios hão de ser sempre observados, na interpretação do contrato. O primeiro é o da *boa-fé*. Deve o intérprete presumir que os contratantes procedem com lealdade e que tanto a proposta como a aceitação foram formuladas dentro do que podiam e deviam eles entender razoavelmente, segundo a regra da boa-fé. Declara o art. 422 do Código Civil que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Estes princípios, bem como o da função social do contrato como limite à autonomia privada (CC, art. 421), são exemplos de

cláusulas gerais, que, por serem normas de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único), devem ser aplicadas de ofício pelo juiz. A boa-fé, portanto, se presume; a má-fé, ao contrário, deve ser provada. Preceitua ainda o art. 113 do mesmo diploma que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O segundo princípio é o da *conservação do contrato*. Se uma cláusula contratual permitir duas interpretações diferentes, prevalecerá a que possa produzir algum efeito, pois não se deve supor que os contratantes tenham celebrado um contrato carecedor de qualquer utilidade.

Além dos dispositivos já mencionados, o Código Civil contém outros que também estabelecem regras sobre interpretação de determinados negócios: quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423); a transação interpreta-se restritivamente (art. 843); a fiança não admite interpretação extensiva (art. 819); sendo a cláusula testamentária suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador (art. 1.899). O Código de Defesa do Consumidor tem um único dispositivo sobre interpretação dos contratos: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (art. 47). O dispositivo em destaque aplica-se a todos os contratos que tenham por objeto relações de consumo e harmoniza-se com o espírito do referido diploma, que visa à proteção do hipossuficiente, isto é, do consumidor, visto que as regras que ditam tais relações são, em geral, elaboradas pelo fornecedor. Alguns critérios técnicos podem ser observados, no tocante à interpretação dos contratos: **a)** a melhor maneira de se apurar a intenção dos contratantes é verificar o modo pelo qual o vinham executando, de comum acordo; **b)** deve-se interpretar o contrato, na dúvida, da maneira menos onerosa para o devedor (princípio da *extrema ratio*); **c)** as cláusulas contratuais não devem ser interpretadas isoladamente, mas em conjunto com as demais; **d)** nos contratos de adesão, a interpretação das cláusulas duvidosas deve ser feita sempre em favor dos aderentes.

6 PACTOS SUCESSÓRIOS

Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva (CC, art. 426). Trata-se de regra tradicional e de ordem pública, destinada a afastar

os *pacta corvina* ou *votum captandae mortis*. A sua inobservância torna *nulo* o contrato em razão da impossibilidade jurídica do *objeto*. O nosso ordenamento só admite duas formas de sucessão *causa mortis*: a legítima e a testamentária. O dispositivo em questão afasta a *sucessão contratual*. Podem os pais, todavia, por ato *inter vivos*, partilhar o seu patrimônio entre os descendentes (art. 2.018). Esta é a única exceção à norma do art. 426 no Código de 2002, uma vez que as mencionadas por alguns autores, previstas nos arts. 546 e 1.668, que tratam de doações entre cônjuges, não contemplam a hipótese de recíproca sucessão *causa mortis*.

QUADRO SINÓTICO – NOÇÃO GERAL DE CONTRATOS

1. Conceito	Contrato é o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir direitos. Constitui fonte de obrigação e o mais expressivo modelo de negócio jurídico bilateral.	
2. Condições de validade	De ordem geral (art. 104)	a) capacidade do agente; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.
	De ordem especial	Consentimento recíproco (acordo de vontades).
3. Princípios fundamentais do direito contratual	a) Autonomia da vontade. Significa ampla liberdade de contratar. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado (arts. 421 e 425). b) Supremacia da ordem pública. Limita o princípio da autonomia da vontade, dando prevalência ao interesse público. c) Consensualismo. Basta o acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa, para o aperfeiçoamento do contrato. Os contratos são, em regra, consensuais. Alguns poucos, no entanto, são <i>reais</i> , porque somente se aperfeiçoam com a entrega do objeto, subsequente ao acordo de vontades (depósito, comodato, p. ex.). d) Relatividade dos contratos. Funda-se na ideia de que os efeitos dos contratos só se produzem em relação às partes,	

3. Princípios fundamentais do direito contratual	não afetando terceiros, salvo algumas exceções consignadas na lei (estipulações em favor de terceiros). e) Obrigatoriedade dos contratos. Decorre da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes (<i>pacta sunt servanda</i>), não podendo ser alterado nem pelo juiz. f) Revisão dos contratos (ou da <i>onerosidade excessiva</i>). Opõe-se ao da <i>obligatoriedade</i>, pois permite aos contratantes recorrerem ao Judiciário para obter alteração da convenção e condições mais humanas, se a prestação se tornar excessivamente onerosa em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis (arts. 478 e 480). Constitui aplicação da antiga cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e da teoria da imprevisão. g) Boa-fé. Exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato (art. 422). Guarda relação com o princípio segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. A boa-fé se biparte em <i>subjetiva</i> (psicológica) e <i>objetiva</i> (cláusula geral que impõe norma de conduta).	
4. Interpretação dos contratos	Funções	A interpretação dos contratos exerce função objetiva e subjetiva. Nos contratos escritos, a análise do texto (interpretação <i>objetiva</i>) conduz à descoberta da intenção das partes (interpretação <i>subjetiva</i>), alvo principal da operação. O Código Civil deu prevalência à <i>teoria da vontade</i> sobre a <i>da declaração</i> (art. 112).
	Princípios básicos	a) Boa-fé. Deve o intérprete presumir que os contratantes procedem com lealdade, pois a boa-fé se presume (arts. 113 e 422). b) Conservação do contrato. Se uma cláusula contratual permitir duas interpretações diferentes, prevalecerá a que possa produzir algum efeito.

4. Interpretação dos contratos	Regras interpretativas	— Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423). — A transação interpreta-se restritivamente (art. 843). — A fiança não admite interpretação extensiva (art. 819). — Prevalecerá a interpretação da cláusula testamentária que melhor assegure a observância da vontade do testador (art. 1.899).
5. Pactos sucessórios	Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, dispõe o art. 426 do Código Civil, afastando a <i>sucessão contratual</i> . O nosso ordenamento só admite duas formas de sucessão <i>causa mortis</i> : a legítima e a testamentária. No Código de 2002, somente a partilha <i>inter vivos</i> , permitida no art. 2.018, pode ser considerada exceção à norma do art. 426.	

7 FORMAÇÃO DO CONTRATO

7.1. A PROPOSTA

7.1.1. A OFERTA NO CÓDIGO CIVIL

O contrato resulta de duas manifestações de vontade: a *proposta* e a *aceitação*. A primeira, também chamada *oferta*, *policitação* ou *oblação*, dá início à formação do contrato e não depende, em regra, de forma especial. É antecedida de uma fase, às vezes prolongada, de *negociações preliminares* (conversações, estudos), também denominada fase da *puntução*. Nesta, como as partes ainda não manifestaram a sua vontade, não há nenhuma vinculação ao negócio. Qualquer delas pode afastar-se, simplesmente alegando desinteresse, sem responder por perdas e danos. Tal responsabilidade só ocorrerá se ficar demonstrada a deliberada intenção, com a falsa manifestação de interesse, de causar dano ao outro contraente (perda de outro negócio, ou realização de despesas, p. ex.). O fundamento para o pedido de perdas e danos da parte lesada não é, nesse caso, o inadimplemento contratual, mas a prática de um ilícito civil (CC, art. 186).

A proposta, desde que séria e consciente, *vincula o proponente* (CC, art. 427). Pode ser provada por testemunhas, qualquer que seja o seu valor. A sua retirada sujeita o *proponente* ao pagamento das perdas e danos. A lei abre, entretanto, várias exceções a essa regra. Dentre elas não se encontram, contudo, a morte ou a interdição do *policitante*. Nesses dois casos, respondem, respectivamente, os herdeiros ou curadores do incapaz pelas consequências jurídicas do ato. As aludidas exceções encontram-se no referido art. 427 do Código Civil, que assim dispõe: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Destarte, não obriga o proponente, em primeiro lugar, *se contiver cláusula expressa a respeito*. É quando o próprio proponente declara que não é definitiva e se reserva o direito de retirá-la. Em segundo lugar, em razão da *natureza do negócio*. É o caso das chamadas propostas abertas ao público, que se consideram limitadas ao

estoque existente. E, por último, em razão das *circunstâncias do caso*, mencionadas no art. 428 do mesmo diploma. O referido dispositivo declara que a proposta deixa de ser obrigatória:

I — *Se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita.* Quando o solicitado responde que irá estudar a proposta feita por seu interlocutor, poderá este retirá-la. Considera-se também presente — aduz o dispositivo em tela — “a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante”. Presente, portanto, é aquele que conversa diretamente com o polícitante, mesmo que por algum outro meio mais moderno de comunicação a distância, e não só por telefone, e ainda que os interlocutores estejam em cidades, estados ou países diferentes.

II — *Se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente.* Cuida-se de oferta enviada, por corretor ou correspondência, a pessoa ausente. O prazo *suficiente* para a resposta varia conforme as circunstâncias. É o *necessário* ou razoável para que chegue ao conhecimento do proponente e denomina-se *prazo moral*. Entre moradores próximos, não deve ser muito longo. Diferente será o entendimento se os partícipes do negócio residirem em locais distantes e de acesso demorado.

III — *Se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado.* Se foi fixado prazo para a resposta, o proponente terá de esperar pelo seu término. Esgotado, sem resposta, estará este liberado.

IV — *Se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.* É facultado ao polícitante retratar-se, retirando a proposta formulada, desde que tal manifestação ocorra antes de seu recebimento pelo solicitado, ou simultaneamente a ele. Por exemplo: antes que o mensageiro entregue a proposta ao outro contratante, o ofertante entende-se diretamente com ele, por algum meio rápido de comunicação, retratando-se. A proposta, *in casu*, não chegou a existir juridicamente, porque retirada a tempo.

O art. 429 do Código Civil declara que “a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. Em

geral, como já dito, entende-se que é limitada ao estoque existente. Acrescenta o parágrafo único que “pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada”.

7.1.2. A OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) regulamenta, nos arts. 30 a 35, a proposta nos contratos que envolvem relações de consumo. Preceituam eles que deve ser séria, clara e precisa, além de definitiva, como também o exige o Código Civil. Entretanto, no primeiro, a oferta é mais ampla, pois normalmente dirige-se a pessoas indeterminadas. No tocante aos efeitos, também diferem: no regime do Código Civil, a recusa indevida de dar cumprimento à proposta resolve-se em perdas e danos; no Código do Consumidor, dá ensejo à execução específica (arts. 35, I, e 84, § 1º), consistindo opção exclusiva do consumidor a resolução em perdas e danos. Além de poder preferir a execução específica (CDC, art. 35, I), o consumidor pode optar por, em seu lugar, “aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente” (II) ou, ainda, por “rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos” (III). O art. 34, por sua vez, estabelece solidariedade entre o fornecedor e seus prepostos ou representantes autônomos.

7.2. A ACEITAÇÃO

Aceitação é a concordância com os termos da proposta. É manifestação de vontade imprescindível para que se repute concluído o contrato. Para tanto, deve ser pura e simples. Se apresentada fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta (CC, art. 431), comumente denominada *contraproposta*. Como a proposta perde a força obrigatória depois de esgotado o *prazo* concedido pelo proponente, a posterior manifestação do solicitado ou *oblato* também não obriga o último, pois aceitação não

temos e, sim, nova proposta. O mesmo se pode dizer quando este não aceita a oferta integralmente, introduzindo-lhe restrições ou modificações.

A aceitação pode ser *expressa* ou *tácita*. A primeira decorre de declaração do aceitante, manifestando a sua anuência; a segunda, de sua conduta, reveladora do consentimento. O art. 432 do Código Civil menciona duas hipóteses de aceitação tácita, em que se reputa concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa: **a)** quando o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa; **b)** ou quando o proponente a tiver dispensado. Se, por exemplo, um fornecedor costuma remeter os seus produtos a determinado comerciante, e este, sem confirmar os pedidos, efetua os pagamentos, instaura-se uma praxe comercial. Se o último, em dado momento, quiser interrompê-la, terá de avisar previamente o fornecedor, sob pena de ficar obrigado ao pagamento de nova remessa, nas mesmas bases das anteriores. Costuma-se mencionar, como exemplo da situação descrita na letra *b*, a hipótese do turista que remete um *fax* a determinado hotel, reservando acomodações, informando que a chegada se dará em tal data, se não receber aviso em contrário. Não chegando a tempo a negativa, reputar-se-á concluído o contrato.

Malgrado o contrato se aperfeiçoe com a aceitação, o Código Civil trata de duas hipóteses em que tal manifestação de vontade deixa de ter força vinculante. A primeira encontra-se no art. 430, que preceitua: “Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos”. Assim, se, embora expedida no prazo, a aceitação chegou tardiamente ao conhecimento do polícitante, quando este já celebrara negócio com outra pessoa, a circunstância deverá ser, sob pena de responder por perdas e danos, imediatamente comunicada ao oblato, que tem razões para supor que o contrato esteja concluído e pode realizar despesas que reputa necessárias ao seu cumprimento. A segunda exceção diz respeito à *retratação*, também permitida ao aceitante, no art. 433, nos seguintes termos: “Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante”.

7.3. CONTRATOS ENTRE AUSENTES

Os contratos, como visto, aperfeiçoam-se com a aceitação. Entre *presentes*, reputam-se concluídos no mesmo instante em que o aceitante manifesta sua concordância com a proposta. Quando celebrados *entre ausentes*, por correspondência (carta, telegrama, *fax*, radiograma etc.) ou intermediários, a resposta leva algum tempo para chegar ao conhecimento do proponente e passa por três fases. Divergem os doutrinadores a respeito do momento em que a convenção se reputa concluída. Para a teoria da *informação* (ou da *cognição*), é o da chegada da resposta ao conhecimento do polícitante, que se inteira de seu teor. A segunda teoria, a da *declaração* (ou da *agnição*), subdivide-se em três: **a)** da declaração propriamente dita; **b)** da expedição; e **c)** da recepção. Para a teoria da *declaração propriamente dita*, o momento da conclusão coincide com o da redação da correspondência epistolar. Obviamente, tal entendimento não pode ser aceito, porque o consentimento ainda permanece restrito ao âmbito do aceitante, que pode destruir a mensagem em vez de remetê-la. Para a da *expedição*, não basta a redação da resposta, sendo necessário que tenha sido expedida, isto é, saído do alcance do oblato. E, por último, a da *recepção* exige mais: que, além de escrita e expedida, a resposta tenha sido entregue ao destinatário. Distingue-se da teoria da informação porque esta exige não só a entrega da correspondência ao proponente, como também que este a tenha aberto e tomado conhecimento de seu teor.

O art. 434 do Código Civil acolheu expressamente a teoria da *expedição*, ao afirmar que os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é *expedida*. Entretanto, estabeleceu três exceções: **a)** no caso de haver retratação do aceitante; **b)** se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; e **c)** se ela não chegar no prazo convencionado. Ora, se sempre é permitida a retratação antes de a resposta chegar às mãos do proponente, e se, ainda, não se reputa concluído o contrato na hipótese de a resposta não chegar no prazo convencionado, na realidade o referido diploma filiou-se à teoria da *recepção*, e não à da expedição.

7.4. LUGAR DA CELEBRAÇÃO

Segundo dispõe o art. 435 do Código Civil, “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. Optou o legislador,

pois, pelo local em que a *proposta* foi feita (RT, 713:121). Aparentemente, tal solução encontra-se em contradição com a expressa adoção da teoria da expedição, no dispositivo anterior. Entretanto, para quem, como nós, entende que o Código Civil acolheu, de fato, a da *recepção*, inexistente a apontada contradição. Por sua vez, a Lei de Introdução ao Código Civil estatui que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente” (art. 9º, § 2º). Tal dispositivo aplica-se aos casos em que os contratantes residem em países diferentes.

8 IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

Algumas vezes torna-se impossível o cumprimento do contrato. Como ninguém pode fazer o impossível (*impossibilia nemo teneatur*), resolve-se a obrigação. No entanto, segundo o art. 106 do Código Civil, a resolução só ocorre se a impossibilidade for *absoluta*, isto é, alcançar todos os homens, indistintamente. Dispõe, com efeito, o aludido dispositivo que a impossibilidade *relativa* (que só ocorre em relação ao devedor) não invalida o contrato. A insolvência, por exemplo, impossibilita o devedor de solver a dívida. Mas tal impossibilidade, por ser relativa a ele, não tem efeito liberatório. Acrescenta o art. 106 que a impossibilidade da prestação igualmente deixa de ser causa de resolução do contrato se é temporária e vem a cessar antes de realizada a condição pactuada. A impossibilidade da prestação pode ser, ainda, *física* (p. ex., a de colocar a água dos oceanos em um copo) ou *jurídica* (p. ex., a que tem por objeto herança de pessoa viva). Pode ser, finalmente, *contemporânea* ou *superveniente* ao contrato. Se a última decorrer do fortuito ou da força maior, resolve-se este, sem ônus para qualquer das partes; se, no entanto, decorrer de culpa ou dolo do devedor, também resolve-se a avença, mas responde o culpado por perdas e danos.

QUADRO SINÓTICO – FORMAÇÃO DO CONTRATO

1. Elementos

O contrato resulta de duas manifestações de vontade: a *proposta* (oferta, policitación ou oblação) e a *aceitação*. Não dependem de forma especial.

2. A proposta no Código Civil	É antecedida de uma fase de <i>negociações preliminares</i> (fase da <i>puntução</i>), em que não há vinculação ao negócio. A proposta, desde que séria e consciente, <i>vincula o proponente</i> (art. 427). A sua retirada sujeita o <i>proponente</i> ao pagamento das perdas e danos. O CC abre exceções a essa regra no art. 427: se o contrário resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. Tais circunstâncias são elencadas no art. 428 do CC.	
3. A oferta no Código de Defesa do Consumidor	É mais ampla do que no CC, pois normalmente dirige-se a pessoas indeterminadas (contratação em massa). A recusa indevida de dar cumprimento à proposta dá ensejo a execução específica (CDC, art. 35), podendo o consumidor optar, em seu lugar, por aceitar outro produto, rescindir o contrato e pedir perdas e danos.	
4. A aceitação	Definição	É a concordância com os termos da proposta. É a manifestação da vontade imprescindível para que se repute concluído o contrato.
	Requisitos	Deve ser pura e simples. Se apresentada fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta (art. 431), denominada <i>contraproposta</i>. Pode ser <i>expressa</i> ou <i>tácita</i> (art. 432).
	Hipóteses em que não tem força vinculante	a) quando <i>chegar tarde</i> ao conhecimento do proponente — caso em que este deverá avisar o aceitante, sob pena de pagar perdas e danos (art. 430); b) se antes dela ou com ela chegar ao proponente a <i>retratação</i> do aceitante (art. 433).
	Contratos entre ausentes	Entre <i>presentes</i>, os contratos reputam-se concluídos no momento da aceitação. Entre <i>ausentes</i>, por correspondência ou intermediário, a resposta passa por três fases. Divergem os autores a respeito da conclusão do negócio. Há duas teorias:

4. A aceitação	Contratos entre ausentes	a) Da <i>informação</i> ou <i>cognição</i>. Aperfeiçoa-se o negócio quando o peticitante se inteira da resposta. b) Da <i>declaração</i> ou <i>agnição</i>. Subdivide-se em três: da <i>declaração propriamente dita</i> (considera o momento da redação), da <i>expedição</i> e da <i>recepção</i> (entrega ao destinatário). Malgrado o art. 434 do CC aponte o momento em que a resposta é <i>expedida</i>, o aludido diploma, ao permitir a retratação da aceitação, na verdade filiou-se à teoria da <i>recepção</i>.
5. Lugar da celebração	Segundo dispõe o art. 435 do CC, “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. A LICC, art. 9º, § 2º, também estatui que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.	
6. Impossibilidade da prestação	Resolve-se a obrigação quando se torna impossível o seu cumprimento (art. 106), uma vez que ninguém pode fazer o impossível. A resolução só ocorre, porém, se a impossibilidade for <i>absoluta</i>, isto é, alcançar todas as pessoas.	

CAPÍTULO II

CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

Os contratos classificam-se em diversas modalidades, subordinando-se a regras próprias ou afins, conforme as categorias em que se agrupam. Dividem-se, quanto aos *feitos*, em: **a)** unilaterais, bilaterais e plurilaterais; **b)** gratuitos e onerosos. Os últimos subdividem-se em comutativos e aleatórios, e estes, em aleatórios por natureza e acidentalmente aleatórios; quanto à *formação*, em paritários, de adesão e contratos-tipo; quanto ao *momento de sua execução*, em de execução instantânea, diferida e de trato sucessivo (ou em prestações); quanto ao *agente*, em: **a)** personalíssimos (*intuitu personae*) e impessoais; **b)** individuais e coletivos; quanto ao *modo por que existem*, em principais, acessórios (adjetos) e derivados ou subcontratos; quanto à *forma*, em: **a)** solenes (formais) e não solenes (de forma livre); e **b)** consensuais e reais; quanto ao *objeto*, em preliminares (*pactum de contrahendo*) e definitivos; e quanto à *designação*, em nominados (típicos), inominados (atípicos), mistos e coligados.

9 CONTRATOS UNILATERAIS, BILATERAIS E PLURILATERAIS

Unilaterais são os contratos que criam obrigações unicamente para uma das partes, como a doação pura, por exemplo. *Bilaterais* são os que geram obrigações para ambos os contratantes, como a compra e venda, a locação, o contrato de transporte etc. Essas obrigações são recíprocas, sendo por isso denominados sinalagmáticos, da palavra grega *sinalagma*, que significa reciprocidade de prestações. Na compra e venda, dispõe o art. 481 do Código Civil, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. A obrigação de um tem por causa a do outro. Ambos são, ao mesmo tempo, credor e devedor. *Plurilaterais* são os contratos que contêm mais de duas partes. Na compra e venda, mes-

mo que haja vários vendedores e compradores, agrupam-se eles em apenas dois polos: o ativo e o passivo. Se um imóvel é locado a um grupo de pessoas, a avença continua sendo bilateral, porque todos os inquilinos encontram-se no mesmo grau. Nos contratos plurilaterais (ou *plúrimos*), temos várias *partes*, como ocorre no contrato de sociedade, em que cada sócio é uma parte. Assim também nos contratos de consórcio. Uma característica dos contratos plurilaterais é a rotatividade de seus membros.

À primeira vista pode parecer estranho denominar um contrato unilateral, porque todo contrato resulta de duas manifestações de vontade. Sob este aspecto, isto é, o de sua *formação*, o contrato é, realmente, sempre bilateral, pois se constitui mediante concurso de vontades. Entretanto, a classificação em unilaterais e bilaterais é feita não sob o prisma da formação dos contratos, mas, sim, sob o dos *efeitos* que acarretam. Os que geram obrigações recíprocas são bilaterais. E os que criam obrigações unicamente para um dos contraentes são unilaterais. Parte da doutrina vislumbra uma categoria intermediária: a do contrato *bilateral imperfeito*. Assim é denominado o unilateral que, por circunstância acidental, ocorrida no curso da execução, gera alguma obrigação para o contratante que não se comprometera. Pode ocorrer com o *depósito* e o *comodato* quando, por exemplo, surgir para o depositante e o comodante, no decorrer da execução, a obrigação de indenizar certas despesas realizadas pelo comodatário e pelo depositário. O contrato bilateral imperfeito subordina-se ao regime dos contratos unilaterais, porque aquelas contraprestações não nascem com a avença, mas de fato eventual, posterior à sua formação, não sendo, assim, consequência necessária de sua celebração.

10 CONTRATOS BILATERAIS

10.1. “EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS” E CONDIÇÃO RESOLUTIVA TÁCITA

Preceitua o art. 476 do Código Civil que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Significa dizer que qualquer dos contratantes pode utilizar-se da exceção do contrato não cumprido

do (*exceptio non adimpleti contractus*), para recusar a sua prestação, ao fundamento de que o demandante não cumpriu a que lhe competia. Como, nos contratos bilaterais, as prestações são recíprocas, estando a obrigação de um dos contraentes atrelada à do outro, aquele que não satisfaz a própria não pode exigir o implemento da do outro. Se o fizer, o último oporá, em defesa, a referida exceção, fundada na equidade, desde que as prestações sejam *simultâneas*. Quando sucessivas, não pode ser oposta pela parte a que caiba o primeiro passo. Se não foi estipulado o momento da execução, entendem-se simultâneas as prestações. Se *ambas mostram-se inadimplentes*, impõe-se a resolução do contrato, com restituição das partes à situação anterior. Se um deles cumpriu apenas em parte, ou de forma defeituosa, a sua obrigação, quando se comprometera a cumpri-la integral e corretamente, cabível se torna a oposição, pelo outro, da exceção do contrato *parcialmente* cumprido (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Na realidade, a primeira abrange a segunda.

Como decorrência do princípio da autonomia da vontade, admite-se a validade de cláusula contratual que restrinja o direito de as partes se utilizarem do aludido art. 476. Trata-se da cláusula *solve et repete*, pela qual se obriga o contratante a cumprir a sua obrigação, mesmo diante do descumprimento da do outro, resignando-se a, posteriormente, voltar-se contra este, para pedir o cumprimento ou as perdas e danos. Importa em renúncia ao direito de opor a exceção do contrato não cumprido. Não é muito comum, sendo encontrada em alguns contratos administrativos, para proteger a Administração. Nas *relações de consumo* deve ser evitada, em razão da cominação de nulidade a toda cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada (CDC, art. 51).

Ainda como consequência da reciprocidade das prestações existente nos contratos bilaterais, o art. 477 do Código Civil prevê uma *garantia de execução* da obrigação a prazo, nos seguintes termos: “Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”. Procura-se acautelar os in-

teresses do que deve pagar em primeiro lugar, protegendo-o contra alterações da situação patrimonial do outro contratante.

Por sua vez, o art. 475 do mesmo diploma admite o reconhecimento do inadimplemento como *condição resolutiva*, proclamando: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Por isso se diz que todo contrato bilateral contém uma *cláusula resolutiva tácita*. Será expressa, se a convenção estabelecer a revogação do contrato pelo inadimplemento (CC, art. 474). Verifica-se, do exposto, que o contratante pontual pode, ante o inadimplemento do outro, tomar, a seu critério, três atitudes, uma passiva e duas ativas: **a)** permanecer inerte e defender-se, caso acionado, com a *exceptio non adimpleti contractus*; **b)** ou pleitear a resolução do contrato, com perdas e danos, provando o prejuízo sofrido; **c)** ou, ainda, exigir o cumprimento contratual, quando possível a execução específica (CPC, arts. 461 e parágrafos, e 466-A a 466-C).

10.2. DISTRATO E QUITAÇÃO

Distrato é o acordo de vontades que tem por fim extinguir um contrato anteriormente celebrado. Segundo dispõe o art. 472 do Código Civil, faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. Tal dispositivo não deve ser interpretado, contudo, de forma literal, mas com temperamento: o distrato deve obedecer à mesma forma do contrato a ser desfeito quando este tiver forma especial, mas não quando esta for livre. Desse modo, a compra e venda de imóvel de valor superior à taxa legal, que exige escritura pública, só pode ser desfeita, de comum acordo, por outra escritura pública. Mas o contrato de locação, que tem forma livre, pode ser objeto de distrato verbal, mesmo tendo sido constituído mediante contrato escrito, por exemplo. Os efeitos do distrato são *ex nunc*, para o futuro, não se desfazendo os anteriormente produzidos. A *quitação* vale, porém, qualquer que seja a sua forma. Não precisa obedecer à mesma forma do contrato. Hipoteca, por exemplo, só pode ser convencionada por escritura pública. A quitação do crédito hipotecário, no entanto, pode ser outorgada por instrumento particular (CC, art. 320). Entretanto, como o citado dispo-

sitivo exige determinados requisitos para a validade da quitação, dentre eles a assinatura do credor, obviamente deve ter a *forma escrita*.

11 CONTRATOS GRATUITOS (BENÉFICOS) E ONEROSOS

Gratuitos ou *benéficos* são os contratos em que apenas uma das partes auferir benefício ou vantagem. Para a outra há só obrigação, sacrifício (doações puras, p. ex.). Nos *onerosos*, ambos os contraentes obtêm proveito, ao qual corresponde um sacrifício. Na compra e venda, por exemplo, a vantagem do comprador é representada pelo recebimento da coisa, e o sacrifício, pelo pagamento do preço. Para o vendedor, o benefício reside no recebimento deste, e o sacrifício, na entrega da coisa. Ambos buscam um *proveito*, ao qual corresponde um *sacrifício*. A doutrina distingue os contratos *gratuitos propriamente ditos* dos contratos *desinteressados*. Aqueles acarretam uma diminuição patrimonial a uma das partes, como se dá nas doações puras. Estes, subespécies dos primeiros, não produzem esse efeito, malgrado beneficiem a outra parte (comodato e mútuo, p. ex.).

Em geral, todo contrato oneroso é, também, bilateral. E todo unilateral é, ao mesmo tempo, gratuito. Não, porém, necessariamente. O *mútuo feneratício* ou oneroso (em que é convencionado o pagamento de juros) é contrato unilateral e oneroso. Unilateral porque de natureza real: só se aperfeiçoa com a entrega do numerário ao mutuário, não bastando o acordo de vontades. Feita a entrega (quando o contrato passa a produzir efeitos), nenhuma outra obrigação resta ao mutuante. Por isso se diz que gera obrigação somente para o mutuário. Como exemplo de contrato que pode ser bilateral e gratuito menciona-se o *mandato*, embora se trate de bilateral imperfeito, visto que, para o mandante, a obrigação surge, em geral, *a posteriori* (a de pagar as despesas necessárias à sua execução, p. ex.).

12 CONTRATOS COMUTATIVOS E ALEATÓRIOS

Os contratos onerosos subdividem-se em comutativos e aleatórios. *Comutativos* são os de prestações certas e determinadas. As partes podem antever as vantagens e os sacrifícios, que geralmente se equi-

valem, decorrentes de sua celebração, porque não envolvem nenhum risco. Os contratos *aleatórios*, ao contrário, caracterizam-se pela incerteza, para as duas partes, sobre as vantagens e sacrifícios que deles podem advir. É que a perda ou lucro dependem de um fato futuro e imprevisível. O vocábulo *aleatório* é originário do latim *alea*, que significa sorte, risco, acaso. São exemplos dessa subespécie os contratos de jogo, aposta e seguro. Já se disse que o contrato de seguro é comutativo, porque o segurado o celebra para se acobertar contra qualquer risco. No entanto, para a seguradora é sempre aleatório, pois o pagamento ou não da indenização depende de um fato eventual.

Os exemplos citados são de contratos *aleatórios por natureza*. Há, porém, contratos tipicamente comutativos, como a compra e venda, que, em razão de certas circunstâncias, tornam-se aleatórios. Denominam-se contratos *acidentalmente aleatórios* e são de duas espécies: **a)** venda de coisas *futuras*; e **b)** venda de coisas *existentes mas expostas a risco*. Nos que têm por objeto coisas futuras, o risco pode referir-se: **a)** à própria *existência* da coisa; e **b)** à sua *quantidade*. Do risco respeitante à própria *existência* da coisa trata o art. 458 do Código Civil, nestes termos: “Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumia, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir”. Tem-se, na hipótese, a *emptio spei* ou venda da *esperança*, isto é, da probabilidade de as coisas ou fatos existirem. Caracteriza-se, por exemplo, quando alguém vende a colheita futura declarando que “a venda ficará perfeita e acabada haja ou não safra, não cabendo ao comprador o direito de reaver o preço pago se, em razão de geada ou outro imprevisto, a safra inexistir”.

O art. 459 cuida do risco respeitante à *quantidade* maior ou menor da coisa esperada (*emptio rei speratae*, ou venda da coisa esperada): “Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada”. Aduz o parágrafo único: “Mas, se da coisa nada

vier a existir, alienação não haverá, e o *alienante* restituirá o preço recebido”. Assim, se o risco da aquisição da safra futura limitar-se à sua *quantidade*, pois deve ela existir, o contrato fica nulo se nada puder ser colhido. Porém, se vem a existir alguma quantidade, por menor que seja, o contrato deve ser cumprido, tendo o vendedor direito a todo o preço ajustado.

A venda de coisas já *existentes* mas sujeitas a perecimento ou depreciação é disciplinada no art. 460, como segue: “Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato”. Cita-se, como exemplo, a venda de mercadoria que está sendo transportada em alto-mar por pequeno navio, cujo risco de naufrágio o adquirente assumiu. É válida, mesmo que a embarcação já tenha sucumbido na data do contrato. Se, contudo, o alienante sabia do naufrágio, a alienação pode ser anulada, como dolosa, pelo lesado (art. 461).

13 CONTRATOS PARITÁRIOS E DE ADESÃO. CONTRATO-TIPO

Paritários são os contratos do tipo tradicional, em que as partes discutem livremente as condições, porque se encontram em pé de igualdade (par a par). Contratos de *adesão* são os que não permitem essa liberdade, devido à preponderância da vontade de um dos contratantes, que elabora todas as cláusulas. O outro adere ao modelo de contrato previamente confeccionado, não podendo modificá-las: aceita-as ou rejeita-as, de forma pura e simples, e em bloco, afastada qualquer alternativa de discussão. São exemplos dessa espécie, dentre outros, os contratos de seguro, de consórcio, de transporte, e os celebrados com as concessionárias de serviços públicos (fornecedoras de água, energia elétrica etc.).

O Código Civil delineia o contrato de adesão, resguardando a posição do aderente não só em vista de “cláusulas ambíguas ou contraditórias”, como ao proibir “a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio” (arts. 423 e 424). O Código

de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) dedicou-lhe um capítulo, conceituando-o da seguinte forma, no art. 54: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. O § 1º permite a inserção de cláusula no formulário, sem que isso desfigure a natureza da adesão do contrato, ou seja, sem que afaste a posição privilegiada do proponente. O § 3º exige que os contratos de adesão sejam redigidos em termos claros e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo consumidor. As cláusulas que eventualmente limitem o seu direito deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua fácil e imediata compreensão (§ 4º). Esta espécie de cláusula limitativa não pode, porém, ser abusiva, sob pena de incidir na cominação de nulidade do art. 51. O art. 47 do Código do Consumidor estatui que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Já de há muito a jurisprudência vem proclamando que, nos contratos de adesão em geral, na dúvida, a interpretação deve favorecer o aderente, porque quem estabelece as condições é o outro contratante, que tem a obrigação de ser claro e de evitar dúvidas.

O *contrato-tipo* (também denominado contrato *de massa, em série* ou *por formulários*) aproxima-se do contrato de adesão porque é apresentado por um dos contraentes, em fórmula impressa ou datilografada, ao outro, que se limita a subscrevê-lo. Mas dele difere porque não lhe é essencial a desigualdade econômica dos contratantes, bem como porque admite discussão sobre o seu conteúdo. As cláusulas não são impostas por uma parte à outra, mas apenas pré-redigidas. Em geral, são deixados claros, a serem preenchidos pelo concurso de vontades, como ocorre em certos contratos bancários, que já vêm impressos, mas com espaços em branco no tocante à taxa de juros, prazo e condições do financiamento, a serem estabelecidos de comum acordo. Ademais, os contratos de adesão são endereçados a um número indeterminado e desconhecido de pessoas, enquanto os contratos-tipo destinam-se a pessoas ou grupos identificáveis. Podem ser acrescentadas, às impressas, cláusulas datilografadas ou manuscritas. Estas só serão consideradas revogadas por aquelas se houver incompatibilidade ou

contradição entre elas, caso em que prevalecerão as últimas. Não havendo, coexistirão.

14 CONTRATOS DE EXECUÇÃO INSTANTÂNEA, DIFERIDA E DE TRATO SUCESSIVO

A classificação enunciada leva em consideração o *momento* em que os contratos devem ser cumpridos. São de execução *instantânea* ou *imediata* os que se consumam num só ato, sendo cumpridos imediatamente após a sua celebração (compra e venda à vista, p. ex.). De *execução diferida* são os que devem ser cumpridos também em um só ato mas em momento futuro (entrega, em determinada data, do objeto alienado, p. ex.). Contratos de *trato sucessivo* ou de *execução continuada* são os que se cumprem por meio de atos reiterados (prestação de serviços e compra e venda a prazo, p. ex.). É importante essa classificação porque: **a)** o princípio da onerosidade excessiva só se aplica aos contratos de execução continuada ou diferida (CC, art. 478); **b)** o da simultaneidade das prestações só se aplica aos de execução instantânea; e **c)** nestes, a nulidade ou resolução por inadimplemento reconduz as partes ao estado anterior, enquanto nos de execução continuada são respeitados os efeitos produzidos, não sendo possível restituí-las ao *statu quo ante*.

15 CONTRATOS PERSONALÍSSIMOS E IMPESSOAIS

Contratos *personalíssimos* ou *intuitu personae* são os celebrados em atenção às qualidades pessoais de um dos contraentes. Por essa razão, o obrigado não pode fazer-se substituir por outrem, pois essas qualidades (culturais, profissionais, artísticas etc.) tiveram influência decisiva no consentimento do outro contratante. Contratos *impessoais* são aqueles cuja prestação pode ser cumprida, indiferentemente, pelo obrigado ou por terceiro. O importante é que seja executada, pois o seu objeto não requer qualidades especiais do devedor. As obrigações *personalíssimas*, não podendo ser executadas por outrem, são intransmissíveis aos sucessores. Também não podem ser objeto de cessão. Havendo erro essencial sobre a pessoa do outro contratante, são anuláveis.

16 CONTRATOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

A divisão dos contratos em individuais e coletivos é mais utilizada no Direito do Trabalho. No *contrato individual*, as vontades são individualmente consideradas, ainda que envolva várias pessoas. Na compra e venda, por exemplo, pode uma pessoa contratar com outra ou com um grupo de pessoas. Os *contratos coletivos* perfazem-se pelo acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas de direito privado, representativas de categorias profissionais, sendo denominados *convenções coletivas*. Mas pode haver contrato coletivo no âmbito do Direito de Empresa, celebrado por pessoas jurídicas representativas de determinadas indústrias ou sociedades empresárias, destinado a inibir a concorrência desleal, a incentivar a pesquisa, a desenvolver a cooperação mútua etc.

17 CONTRATOS PRINCIPAIS E ACESSÓRIOS. CONTRATOS DERIVADOS

Contratos *principais* são os que têm existência própria e não dependem, pois, de qualquer outro (compra e venda, locação etc.). *Acessórios* são os que têm sua existência subordinada à do contrato principal (cláusula penal, fiança etc.). Os últimos seguem o destino do principal. Assim, nulo este, nulo será também o negócio acessório. A recíproca, todavia, não é verdadeira (CC, art. 184).

Contratos *derivados* ou *subcontratos* são os que têm por objeto direitos estabelecidos em outro contrato, denominado básico ou principal (sublocação e subempreitada, p. ex.). Têm em comum com os acessórios o fato de que ambos são dependentes de outro. Diferem, porém, pela circunstância de o derivado participar da própria natureza do direito versado no contrato-base. Nessa espécie de avença, um dos contratantes transfere a terceiro, sem se desvincular, a utilidade correspondente à sua posição contratual. O locatário, por exemplo, transfere a terceiro os direitos que lhe assistem, mediante a sublocação. O contrato de locação não se extingue. E os direitos do sublocatário terão a mesma extensão dos direitos do locatário, que continua vinculado ao locador.

18 CONTRATOS SOLENES E NÃO SOLENES

Contratos *solenes* são os que devem obedecer à forma prescrita em lei para se aperfeiçoar. Quando a forma é exigida como condição de validade do negócio, este é solene e a formalidade é *ad solemnitatem*, isto é, constitui a substância do ato (escritura pública na alienação de imóvel, testamento etc.). *Não solenes* são os contratos de forma livre. Basta o consentimento para a sua formação. Como a lei não reclama nenhuma formalidade para o seu aperfeiçoamento, podem ser celebrados por qualquer forma, inclusive a verbal. Em regra, os contratos têm forma livre, salvo expressas exceções. Podem ser mencionados como exemplos, dentre inúmeros outros, os contratos de locação e de comodato.

19 CONTRATOS CONSENSUAIS E REAIS

Contratos *consensuais* são os que se aperfeiçoam com o consentimento, isto é, com o acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa e da observância de determinada forma. Por isso, são também considerados contratos não solenes. A compra de bens móveis, quando pura, pertence a essa espécie, segundo dispõe o art. 482 do Código Civil, pois “considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes *acordarem* no objeto e no preço”. Contratos *reais* são os que exigem, para se aperfeiçoar, além do consentimento, a entrega da coisa que lhe serve de objeto, como os de depósito, comodato e mútuo, por exemplo. Todos são, também, unilaterais. É que, entregue a coisa (quando o contrato torna-se perfeito e acabado), só resta obrigação para o depositário, o comodatário e o mutuário.

20 CONTRATOS PRELIMINARES E DEFINITIVOS

Contrato *preliminar* ou *pactum de contrahendo* é o que tem por objeto a celebração de um contrato definitivo. Tem, portanto, um único objeto. O contrato *definitivo* tem objetos diversos, de acordo com a natureza de cada um. Na compra e venda, por exemplo, as prestações, que constituem o seu objeto, são a entrega da coisa e o pagamento do preço. O contrato preliminar é também denominado

pré-contrato. Quando tem por objeto a compra e venda de um imóvel, é denominado promessa de compra e venda, ou *compromisso de compra e venda*, se irrevogável e irretratável. Quando gera obrigações para apenas uma das partes (promessa unilateral), chama-se *opção*. Na opção de venda, por exemplo, o vendedor obriga-se a vender ao comprador determinado bem, sob certas condições. Mas este reserva-se a faculdade de realizar o negócio ou não. Não assume, pois, nenhuma obrigação. Na opção de compra, quem se obriga é somente o comprador. Na sua formação, a opção é negócio jurídico bilateral. Mas, nos efeitos, é contrato unilateral.

Prescrevia o art. 1.088 do Código Civil de 1916: “Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estabelecido nos arts. 1.095 e 1.097”. O aludido dispositivo permitia, pois, o arrependimento por qualquer das partes, enquanto não assinado o instrumento público mas apenas o contrato preliminar (pacto de *contrahendo*), sujeitando-se, porém, ao pagamento das perdas e danos. Permitia, assim, que muitos loteadores, utilizando-se do direito de se arrepender, deixassem de outorgar a escritura definitiva e optassem por pagar perdas e danos ao compromissário comprador, estipuladas geralmente sob a forma de devolução do preço em dobro, com a intenção de revender o lote com lucro.

Com o advento do Decreto-Lei n. 58/37, passou a ser irretratável e a conferir direito real ao comprador o compromisso que não estabelecesse expressamente o direito ao arrependimento, desde que levado ao registro imobiliário. No silêncio do compromisso, pois, quanto ao arrependimento, a regra passou a ser a irretratabilidade, ao contrário do que dispunha o citado art. 1.088. A Lei n. 649, de 11 de março de 1949, deu nova redação ao art. 22 daquele decreto-lei (posteriormente modificado pela Lei n. 6.014, de 27-12-1973), estendendo tal proteção aos imóveis não loteados. A *Lei do Parcelamento do Solo Urbano* (Lei n. 6.766, de 19-12-1979) *derrogou* o Decreto-Lei n. 58/37, que hoje se aplica somente aos loteamentos rurais. O art. 25 da referida lei declara irretratáveis e irrevogáveis os compromissos de compra e venda de imóveis loteados. Qualquer cláusula de arrependimento,

nesses contratos, ter-se-á, pois, por não escrita. Em se tratando de imóvel não loteado, lícito afigura-se convencionar o arrendimento, afastando-se, com isso, a constituição do direito real. Mas a jurisprudência não vem admitindo o exercício dessa faculdade se o cumprimento do compromisso já foi iniciado.

O Superior Tribunal de Justiça permite a propositura de ação de adjudicação compulsória mesmo não estando registrado o compromisso de compra e venda irrevogável e irretroatável (Súmula 239). Quanto aos imóveis loteados, dispõe o art. 26 da Lei n. 6.766/79 que o negócio pode ser celebrado por instrumento *particular* ou *público*. No tocante aos não loteados, tem sido admitida, também, a forma particular. A autorização do cônjuge é indispensável, por consistir em alienação de bem imóvel sujeita à adjudicação compulsória.

O Código Civil de 2002 dedicou uma seção ao contrato preliminar (arts. 462 a 466), exigindo que contenha todos os requisitos do contrato definitivo, salvo quanto à forma, e seja levado ao registro competente. Esta última providência tem a finalidade de assegurar o registro do contrato definitivo, pois o art. 466-B do Código de Processo Civil, que disciplina a execução das obrigações de fazer, não exige o registro do contrato para o comprador ter o direito de obter do juiz uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

21 CONTRATOS NOMINADOS (TÍPICOS), INOMINADOS (ATÍPICOS), MISTOS E COLIGADOS

Contratos *nominados* são os que têm designação própria. *Inominados* são os que não a têm. O Código Civil disciplina, em vinte capítulos, vinte e três contratos nominados, como os de compra e venda, de doação, de locação etc., havendo outros em leis especiais. Contratos *típicos* são os regulados pela lei, os que têm o seu perfil nela traçado. Não é o mesmo que contrato nominado, embora costumem ser estudados em conjunto, porque todo contrato nominado é típico e vice-versa. Contratos *atípicos* são os que resultam de um acordo de vontades, não tendo, porém, as suas características e requisitos definidos e

regulados na lei. Para que sejam válidos basta o consenso, que as partes sejam livres e capazes e o seu objeto lícito, possível, determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica. Preceitua o art. 425 do Código Civil que “é lícito às partes estipular contratos atípicos”, observadas as normas gerais nele fixadas. O contrato típico não requer muitas cláusulas, pois passam a integrá-lo todas as normas regulamentadoras estabelecidas pelo legislador. Já o contrato atípico exige uma minuciosa especificação dos direitos e obrigações de cada parte, por não terem uma disciplina legal.

O contrato *misto* resulta da combinação de um contrato típico com cláusulas criadas pela vontade dos contratantes. Deixa de ser um contrato essencialmente típico, mas não se transforma em outro totalmente atípico. A mencionada combinação gera uma nova espécie contratual, não prevista ou regulada na lei. Constitui, pois, contrato *único* ou unitário. O contrato *coligado* não se confunde com o misto, pois constitui uma pluralidade, em que vários contratos celebrados pelas partes apresentam-se interligados. Quando o elo entre eles consiste somente no fato de constarem do mesmo instrumento, não existe propriamente coligação de contratos. Esta passa a existir quando a reunião é feita com *dependência*, isto é, com um contrato relacionado ao outro, por se referirem a um negócio complexo. Apesar disso, conservam a individualidade própria, distinguindo-se, nesse ponto, do misto. Como exemplo é citado o contrato celebrado pelas distribuidoras de petróleo com os exploradores de postos de gasolina, que engloba, em geral, várias avenças interligadas, como fornecimento de combustíveis, arrendamento das bombas, locação de prédios, financiamento etc.

22 CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR

A disciplina do contrato com pessoa a declarar, ou nomear, é uma das inovações do Código Civil de 2002, cujo art. 467 assim dispõe: “No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes”. Trata-se de avença comum nos compromissos de compra e venda de imóveis, nos quais o compromissário comprador reserva-se a opção de receber a escritura

definitiva ou indicar terceiro para nela figurar como adquirente. A referida cláusula é denominada *pro amico eligendo*. Tem sido utilizada para evitar despesas com nova alienação, nos casos de bens adquiridos com o propósito de revenda, com a simples intermediação do que figura como adquirente. Feita validamente, a pessoa nomeada adquire os direitos e assume as obrigações do contrato com efeito retroativo (art. 469).

A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato (art. 468, parágrafo único). O contrato terá eficácia somente entre os contratantes originários se não houver indicação de pessoa, se o nomeado se recusar a aceitá-la ou era incapaz ou insolvente e a outra pessoa desconhecia essa circunstância no momento da indicação (arts. 470 e 471).

QUADRO SINÓTICO – CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

1. Quanto aos efeitos	a) unilaterais, bilaterais e plurilaterais	
	b) gratuitos e onerosos	comutativos
		aleatórios
		por natureza e acidentalmente aleatórios
	— <i>Unilaterais</i> são os contratos que criam obrigações unicamente para uma das partes (doação pura, p. ex.). — <i>Bilaterais</i> são os que geram obrigações para ambos os contratantes (compra e venda, locação etc.). — <i>Plurilaterais</i> são os que contêm mais de duas partes (contratos de sociedade e de consórcio, p. ex.). — <i>Gratuitos</i> ou <i>benéficos</i> são os contratos em que apenas uma das partes auferir benefício ou vantagem (doações puras). — <i>Onerosos</i> são aqueles em que ambos os contraentes obtêm <i>proveito</i>, ao qual corresponde um <i>sacrifício</i> (compra e venda, p. ex.). — Comutativos são os de prestações certas e determinadas, porque não envolvem nenhum risco. — <i>Aleatórios</i> são os que se caracterizam pela incerteza para uma ou ambas as partes. Os contratos de jogo, aposta e seguro são <i>aleatórios por natureza</i>, porque a álea, o risco,	

1. Quanto aos efeitos	lhes é peculiar. Os tipicamente comutativos, que se tornam aleatórios em razão de certas circunstâncias, denominam-se <i>acidentalmente aleatórios</i> (venda de <i>coisas futuras</i> e de coisas <i>existentes mas expostas a risco</i>).
2. Quanto à formação	a) <i>Paritários</i>. São os contratos do tipo tradicional, em que as partes discutem livremente as condições, porque se encontram em pé de igualdade (par a par). b) <i>De adesão</i>. São os que não permitem essa liberdade, devido à preponderância da vontade de um dos contratantes, que elabora todas as cláusulas. O outro adere ao modelo previamente confeccionado, não podendo modificá-las (consórcio, seguro, transporte etc.) (arts. 423 e 424). c) <i>Contrato-tipo</i> (de <i>massa</i>, em <i>série</i> ou por <i>formulários</i>). Aproxima-se do contrato de adesão, porque é apresentado em fórmula impressa ou datilografada, mas dele difere porque admite discussão sobre o seu conteúdo. Em geral são deixados claros, a serem preenchidos pelo concurso de vontades.
3. Quanto ao momento de sua execução	a) <i>De execução instantânea</i>. São os que se consumam num só ato, sendo cumpridos imediatamente após a sua celebração (compra e venda à vista, p. ex.). b) <i>De execução diferida</i>. São os que devem ser cumpridos também em um só ato, mas em momento futuro. c) <i>De execução continuada</i> ou <i>de trato sucessivo</i>. São os que se cumprem por meio de atos reiterados.
4. Quanto ao agente	a) <i>Personalíssimos</i> ou <i>intuitu personae</i>. São os celebrados em atenção às qualidades pessoais de um dos contratantes. b) <i>Impessoais</i>. São aqueles cuja prestação pode ser cumprida, indiferentemente, pelo obrigado ou por terceiro. c) <i>Individuais</i>. São aqueles em que as vontades são individualmente consideradas, ainda que envolva várias pessoas. d) <i>Coletivos</i>. São os que se perfazem pelo acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas de direito privado, representativas de categorias profissionais.

5. Quanto ao modo	a) <i>Principais</i>. São os que têm existência própria e não dependem, pois, de qualquer outro. b) <i>Acessórios</i>. São os que têm existência subordinada à do contrato principal (fiança, cláusula penal etc.). c) <i>Derivados</i> ou <i>subcontratos</i>. São os que têm por objeto direitos estabelecidos em outro contrato, denominado básico ou principal (sublocação e subempreitada, p. ex.).
6. Quanto à forma	a) <i>Solenes</i>. São os que devem obedecer à forma prescrita em lei para se aperfeiçoar. Quando esta é da substância do ato, diz-se que é <i>ad solemnitatem</i>. b) <i>Não solenes</i>. São os de forma livre. Basta o consentimento para a sua formação, independentemente da entrega da coisa e da observância de determinada forma. Daí serem também chamados <i>consensuais</i>. Em regra, a forma dos contratos é livre (art. 107), podendo ser celebrados verbalmente se lei não exigir forma especial. c) <i>Reais</i>. Opõem-se aos consensuais ou não solenes. São os que exigem, para se aperfeiçoar, além do consentimento, a entrega da coisa que lhe serve de objeto (depósito, comodato, mútuo etc.).
7. Quanto ao objeto	a) <i>Preliminar</i>, “<i>pactum de contrahendo</i>” ou <i>pré-contrato</i>. É o que tem por objeto a celebração de um contrato definitivo. Tem, portanto, um único objeto. Quando este é um imóvel, é denominado promessa de compra e venda, ou <i>compromisso de compra e venda</i>, se irrevogável e irrevogável. Quando gera obrigações para apenas uma das partes (promessa unilateral), chama-se <i>opção</i>. b) <i>Definitivo</i>. Tem objetos diversos, de acordo com a natureza de cada um.
8. Quanto à designação	a) <i>Nominados</i>. São os que têm designação própria. b) <i>Inominados</i>. São os que não as têm. c) <i>Típicos</i>. São os regulados pela lei; os que têm o seu perfil nela traçado. d) <i>Atípicos</i>. São os que resultam de um acordo de vontades, não tendo, porém, as suas características e requisitos definidos e regulados na lei. e) <i>Misto</i>. É o que resulta da combinação de um contrato típico com cláusulas criadas pela vontade dos contratantes. Constitui contrato unitário.

8. Quanto à designação	f) Coligado. Constitui uma pluralidade, em que vários contratos celebrados pelas partes se apresentam interligados.
9. Contratos bilaterais	Nos contratos bilaterais, as prestações são <i>recíprocas</i>. Em consequência: a) Aquele que não satisfaz a própria obrigação, não pode exigir o implemento da do outro (<i>exceptio non adimpleti contractus</i> — art. 476). A cláusula <i>solve et repete</i> importa em renúncia ao direito de opor a exceção do contrato não cumprido. b) O art. 477 do CC prevê uma <i>garantia de execução</i> da obrigação a prazo, acautelando os interesses do que deve pagar em primeiro lugar. c) O art. 475 do mesmo diploma admite o reconhecimento do inadimplemento como <i>condição resolutive</i>. Por isso se diz que todo contrato bilateral contém uma <i>cláusula resolutive tácita</i>.
10. Distrato e quitação	<i>Distrato</i> é o acordo de vontades que tem por fim extinguir um contrato anteriormente celebrado. Deve obedecer à mesma forma do contrato a ser desfeito quando este tiver forma especial, mas não quando esta for livre (art. 472). <i>Quitação</i>: vale, qualquer que seja a sua forma. Exige-se apenas a <i>forma escrita</i> (art. 320).
11. Contrato com pessoa a declarar	No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes (art. 467). Trata-se de avença comum nos compromissos de compra e venda de imóveis, nos quais o compromissário comprador reserva-se a opção de receber a escritura definitiva ou indicar terceiro para nela figurar como adquirente (cláusula <i>pro amico eligendo</i>).

CAPÍTULO III

DA ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

23 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Há estipulação em favor de terceiro quando uma pessoa convencionada com outra que esta concederá uma vantagem ou benefício em favor daquele, que não é parte no contrato. Constitui exceção ao *princípio da relatividade* dos contratos quanto às pessoas, segundo o qual os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, não afetando terceiros. Nela figuram três personagens: o estipulante, o promitente e o beneficiário, este último alheio à convenção. Por conseguinte, a *capacidade* só é exigida dos dois primeiros, pois qualquer pessoa pode ser contemplada com a estipulação, seja ou não capaz. O art. 793 do Código Civil, interpretado *a contrario sensu*, estabelece uma restrição, nos contratos de seguro, proibindo a instituição de beneficiário inibido de receber a doação do segurado, como a concubina do homem casado. Trata-se de contrato *sui generis*, porque a prestação não é realizada em favor do próprio estipulante, como seria natural, mas em benefício de outrem, que não participa da avença. Só se completa no instante em que este aceita o benefício. É, também, *consensual* e de *forma livre*. O terceiro não precisa ser desde logo determinado. Basta que seja *determinável*, podendo mesmo ser *futuro*, como a prole eventual. A *gratuidade do benefício* é essencial, não podendo ser imposta contraprestação ao terceiro. Tem diversas aplicações práticas, especialmente no seguro de vida (art. 760), nas doações com encargo (art. 553), nas separações consensuais, em certos contratos que a Administração Pública atua e inclui cláusulas em favor de pessoas naturais ou jurídicas etc.

24 REGULAMENTAÇÃO

A disciplina do instituto encontra-se nos arts. 436 a 438 do Código Civil. A obrigação assumida pelo promitente pode ser exigida

tanto pelo estipulante como pelo beneficiário, ficando o último, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não houver reservado a faculdade de o substituir. Se se estipular que o beneficiário pode reclamar a execução do contrato, o estipulante perde o direito de exonerar o *promitente*. Destarte, a estipulação será irrevogável. O direito atribuído ao beneficiário, assim, só pode ser por ele exercido se o contrato não foi inovado com a sua substituição prevista, a qual independe da sua anuência e da do outro contraente.

QUADRO SINÓTICO – DA ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

1. Conceito	Ocorre quando uma pessoa convencionar com outra que esta concederá uma vantagem ou um benefício em favor de terceiro, que não é parte no contrato. Constitui exceção ao princípio da <i>relatividade dos efeitos</i> dos contratos.
2. Natureza jurídica	É contrato <i>sui generis</i> , porque a prestação é realizada em benefício de quem não participa da avença (seguro de vida, p. ex.). É também <i>consensual</i> e <i>de forma livre</i> . O terceiro deve ser <i>determinável</i> , podendo ser <i>futuro</i> , como a prole eventual. A gratuidade do benefício é essencial, não podendo ser imposta contraprestação ao terceiro.
3. Regulação	Encontra-se nos arts. 436 a 438 do CC. A obrigação assumida pelo promitente pode ser exigida tanto pelo estipulante como pelo beneficiário, ficando o último, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir.

CAPÍTULO IV

DA PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO

Prescreve o art. 439 do Código Civil: “Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar”.

Trata-se de obrigação de fazer que, não sendo executada, resolve-se em perdas e danos. Aquele que promete fato de terceiro assemelha-se ao fiador, que assegura a prestação prometida. Se alguém, por exemplo, prometer levar um cantor famoso a uma determinada casa de espetáculos, sem ter obtido dele, previamente, a devida concordância, responderá por perdas e danos perante os promotores do evento, se não ocorrer a prometida apresentação na ocasião anunciada. Na hipótese, o agente não agiu como mandatário do cantor, que não se comprometeu de nenhuma forma. Se o tivesse feito, nenhuma obrigação haveria para quem fez a promessa (art. 440). Tal responsabilidade igualmente não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens (art. 439, parágrafo único).

QUADRO SINÓTICO – DA PROMESSA DE FATO DE TERCEIRO

1. Conceito	Caracteriza-se quando uma pessoa se compromete com outra a obter prestação de fato de um terceiro (art. 439). Responderá aquela por perdas e danos, quando este o não executar.
2. Características	Trata-se de obrigação de fazer que, não sendo executada, resolve-se em perdas e danos. Aquele que promete fato de terceiro assemelha-se ao fiador, que assegura a prestação prometida. Não subsistirá a responsabilidade se o terceiro se comprometeu e depois não cumpriu a prestação, ou se este for o cônjuge do promitente, nas condições mencionadas no art. 439, parágrafo único, do CC.

CAPÍTULO V

DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS

25 DISCIPLINA NO CÓDIGO CIVIL

25.1. CONCEITO

Vícios redibitórios são defeitos ocultos em coisa recebida em virtude de contrato comutativo, que a tornam imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminuem o valor. A coisa defeituosa pode ser enjeitada pelo adquirente (CC, art. 441). Este tem, contudo, a opção de ficar com ela e reclamar abatimento no preço (art. 442). Essas regras aplicam-se aos *contratos bilaterais* e *comutativos*, em geral translativos da propriedade, como a compra e venda, a dação em pagamento e a permuta. Mas aplicam-se também às empreitadas (CC, arts. 614 e 615). Como os comutativos são espécies de contratos *onerosos*, não incidem elas sobre os gratuitos, como as doações puras, pois o beneficiário da liberalidade, nada tendo pago, não tem por que reclamar (art. 552). O Código ressalva, porém, a sua aplicabilidade às doações *onerosas*, até o limite do encargo (art. 441, parágrafo único). Embora tal diploma nada mencione sobre as *doações remuneratórias*, tal omissão não exclui, entretanto, a responsabilidade pelos vícios redibitórios nessas hipóteses, por não haver liberalidade pura, mas onerosidade até o valor dos serviços remunerados (CC, art. 540).

25.2. FUNDAMENTO JURÍDICO

O fundamento da responsabilidade pelos vícios redibitórios encontra-se no *princípio de garantia*, segundo o qual todo alienante deve assegurar, ao adquirente, a título oneroso, o uso da coisa por ele adquirida e para os fins a que é destinada. Se o bem contém defeitos ocultos, não descobertos em um simples e rápido exame exterior, o adquirente, destinatário da garantia, pode enjeitá-la ou pedir abatimento no

preço. A *ignorância dos vícios* pelo alienante não o exime da responsabilidade, salvo se esta foi expressamente excluída, de comum acordo. Se os contraentes podem excluí-la, podem, também, ampliar ou restringir os limites da garantia (p. ex., aumentando ou diminuindo o valor a ser restituído ao adquirente que enjeitar a coisa defeituosa), desde que não haja ofensa à função social do contrato e ao princípio da boa-fé objetiva. Se o alienante não conhecia o vício, ou o defeito, isto é, se agiu de boa-fé, tão somente restituirá o valor recebido mais as despesas do contrato. Mas se agiu de má-fé, porque conhecia o defeito, além de restituir o que recebeu, responderá também por perdas e danos (art. 443). Mesmo que o adquirente não possa restituir a coisa portadora de defeito, por ter ocorrido o seu *perecimento* (morte do animal adquirido, p. ex.), a responsabilidade do alienante subsiste, se o fato decorrer de vício oculto, já existente ao tempo da tradição (art. 444). No exemplo citado, o adquirente terá de provar que o vírus da doença que vitimou o animal já se encontrava encubado quando de sua entrega.

Dispõe o art. 445, § 2º, do Código Civil que, “tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria”. Preceitua o § 1º do citado dispositivo que, “quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis”.

25.3. AÇÕES EDILÍCIAS

O art. 442 do Código Civil deixa duas alternativas ao adquirente: **a)** rejeitar a coisa, rescindindo o contrato e pleiteando a devolução do preço pago, mediante a *ação redibitória*; ou **b)** conservá-la, malgrado o defeito, reclamando, porém, abatimento no preço, pela ação *quantum minoris* ou *estimatória*. Entretanto, o adquirente não pode exercer a opção, devendo propor, necessariamente, ação redibitória, na hipótese do art. 444, quando ocorre o perecimento da coisa em razão do defeito oculto. As referidas ações recebem a denominação de *edilícias*, em

alusão aos *edis curules*, que atuavam junto aos grandes mercados, na época do direito romano, em questões referentes à resolução do contrato ou ao abatimento do preço. Os prazos para o ajuizamento das referidas ações são *decadenciais*: trinta dias, se relativas a bem móvel, e um ano, se relativas a imóvel, contados, nos dois casos, da *tradição*. Se o adquirente já estava na posse do bem, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade (art. 445). Podem os contraentes, no entanto, ampliar convencionalmente o referido prazo. É comum a oferta de veículos, por exemplo, com prazo de garantia de um ou dois anos. Segundo prescreve o art. 446 do Código Civil, “não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência”.

De acordo com o art. 445, § 1º, o prazo decadencial de trinta dias começará a fluir na data em que se manifestou o vício, porque se trata de bem móvel. Para que a garantia não se torne perpétua, o dispositivo estabelece o prazo de cento e oitenta dias, e de um ano, no máximo, para o aparecimento do vício. Tais prazos não se somam. Conta-se o prazo decadencial da data em que o vício se torna conhecido e não ao cabo de cento e oitenta dias.

A jurisprudência vem admitindo duas exceções à regra de que os referidos prazos contam-se da tradição: a primeira, quando se trata de máquinas sujeitas a *experimentação*; a segunda, nas vendas de *animais*. Quando uma máquina é entregue para experimentação, sujeita a ajustes técnicos, o prazo decadencial conta-se do seu perfeito funcionamento e efetiva utilização. No caso de animal, conta-se da manifestação dos sintomas da doença de que é portador, desde que ocorra até o máximo de cento e oitenta dias (art. 445, §§ 1º e 2º). É que o período de incubação do agente nocivo é, às vezes, superior ao prazo legal, contado da tradição. Se um primeiro objeto é substituído por outro, porque tinha defeito, o prazo para redibir o contrato conta-se da data da entrega do segundo.

Não cabem tais ações, nas hipóteses de *coisas vendidas conjuntamente*. O defeito oculto de uma delas não autoriza a rejeição de todas (CC, art. 503). Só a defeituosa pode ser restituída e o seu valor deduzido do preço, salvo se formarem um todo inseparável (uma coleção de livros raros, p. ex.).

A entrega de coisa diversa da contratada não configura vício redibitório, mas *inadimplemento contratual*, respondendo o devedor por perdas e danos (CC, art. 389). Igualmente não o caracteriza o *erro quanto às qualidades essenciais do objeto*, que é de *natureza subjetiva*, pois reside na manifestação da vontade. Dá ensejo ao ajuizamento de ação anulatória, no prazo decadencial de quatro anos (art. 178, II). O vício redibitório é *erro objetivo* sobre a coisa, que contém um defeito oculto. O seu fundamento é a obrigação que a lei impõe a todo alienante de garantir ao adquirente o uso da coisa. Provado o defeito oculto, não facilmente perceptível, cabem as ações edilícias, sendo decadencial e exíguo, como visto, o prazo para a sua propositura (trinta dias e um ano). Se alguém adquire um relógio que funciona perfeitamente, mas não é de ouro, como o adquirente imaginava (e somente por essa circunstância o comprou), trata-se de erro quanto à qualidade essencial do objeto. Se, no entanto, o relógio é mesmo de ouro mas não funciona por causa do defeito de uma peça interna, a hipótese é de vício redibitório.

25.4. REQUISITOS

Os requisitos para a verificação dos vícios redibitórios, no Código Civil, são os seguintes: **a)** que a coisa tenha sido recebida em virtude de contrato *comutativo*, ou de doação *onerosa*, ou *remuneratória* (v. n. 25.1, *retro*); **b)** que os defeitos sejam *ocultos*, não se configurando quando facilmente verificáveis com um rápido exame e diligência normal; **c)** que existam ao *tempo da alienação* e que perdurem até o momento da reclamação, não respondendo o alienante pelos supervenientes; **d)** que sejam *desconhecidos* do adquirente, presumindo-se, se os conhecia, que renunciou à garantia; **e)** que sejam *graves*, a ponto de prejudicar o uso da coisa ou diminuir-lhe o valor (a esterilidade de touro adquirido como reprodutor, o excessivo aquecimento do motor do veículo nos aclives, p. ex.), não sendo assim considerados os de somenos importância.

26

DISCIPLINA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Quando uma pessoa adquire um veículo, com defeitos, de um particular, a reclamação rege-se pelas normas do Código Civil. Se, no

entanto, adquire-o de um comerciante estabelecido nesse ramo, pauta-se pelo Código de Defesa do Consumidor. Este diploma considera vícios redibitórios tanto os defeitos ocultos como também os aparentes ou de fácil constatação. Os prazos são decadenciais. Para os vícios *aparentes* em produto *não durável* (mercadoria alimentícia, p. ex.), o prazo para reclamação em juízo é de trinta dias; e de noventa dias, em produto *durável*, contados a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. Obsta, no entanto, à decadência, a reclamação comprovada formulada perante o fornecedor, até resposta negativa e inequívoca. Em se tratando de vícios *ocultos*, os prazos são os mesmos, mas a sua contagem somente se inicia no momento em que ficarem evidenciados (CDC, art. 26 e parágrafos).

Os fornecedores, quando efetuada a reclamação direta, têm o prazo máximo de *trinta dias* para sanar o vício. Não o fazendo, o prazo decadencial, que ficara suspenso a partir da referida reclamação, volta a correr pelo período restante, podendo o consumidor exigir, alternativamente: **a)** a substituição do produto; **b)** a restituição da quantia paga, atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou **c)** o abatimento proporcional do preço. O prazo mencionado pode ser reduzido, de comum acordo, para o mínimo de sete dias, ou ampliado até o máximo de cento e oitenta dias (CDC, art. 18, §§ 1º e 2º).

QUADRO SINÓTICO – DOS VÍCIOS REDIBITÓRIOS

1. Disciplina no Código Civil	Conceito	São defeitos ocultos em coisa recebida em virtude de contrato comutativo, que a tornam imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminuem o valor. A coisa defeituosa pode ser enjeitada pelo adquirente (art. 441). Este tem, contudo, a opção de ficar com ela e reclamar abatimento no preço (art. 442).
	Fundamento jurídico	Encontra-se no <i>princípio da garantia</i> , segundo o qual todo alienante deve assegurar, ao adquirente, a título oneroso, o uso da coisa por ele adquirida e para os fins a que é destinada.

1. Disciplina no Código Civil	Ações edilícias	O art. 442 do CC deixa duas alternativas ao adquirente: a) rejeitar a coisa, rescindindo o contrato, mediante a <i>ação redibitória</i>; ou b) conservá-la, malgrado o defeito, reclamando abatimento no preço, pela ação <i>quantum minoris</i> ou <i>estimatória</i>. Prazo decadencial para o ajuizamento: trinta dias, se relativas a bem móvel, e um ano, se relativas a imóvel, contados da <i>tradição</i>.
	Efeitos	a) A <i>ignorância dos vícios</i> pelo alienante não o exime da responsabilidade. Se os conhecia, além de restituir o que recebeu, responderá também por perdas e danos (art. 443). b) Nas hipóteses de coisas vendidas conjuntamente, o defeito oculto de uma delas não autoriza a rejeição de todas (art. 503).
	Efeitos	c) A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto já existente ao tempo da tradição (art. 444).
	Requisitos	a) que a coisa tenha sido recebida em virtude de contrato <i>comutativo</i>, ou de doação <i>onerosa</i>, ou <i>remuneratória</i>; b) que os defeitos sejam <i>ocultos</i>; c) que existam <i>ao tempo da alienação</i>; d) que sejam <i>desconhecidos</i> do adquirente; e) que sejam <i>graves</i>, a ponto de prejudicar o uso da coisa ou diminuir-lhe o valor.

2. Disciplina no Código de Defesa do Consumidor	— Quando uma pessoa adquire um veículo, com defeitos, de um particular, a reclamação rege-se pelo CC. Se, no entanto, adquire-o de um comerciante desse ramo, pauta-se pelo CDC, que considera vícios redibitórios tanto os defeitos ocultos como também os aparentes. — Os prazos para reclamar em juízo são decadenciais:	
	vícios aparentes	produto <i>não durável</i> : trinta dias; produto <i>durável</i> : noventa dias da entrega.
	vícios ocultos	os prazos são os mesmos, mas somente se iniciam no momento em que ficarem evidenciados (CDC, art. 26).

CAPÍTULO VI DA EVICÇÃO

27 CONCEITO E FUNDAMENTO JURÍDICO

Evicção é a perda da coisa em virtude de sentença judicial, que a atribui a outrem por causa jurídica preexistente ao contrato. Funda-se no mesmo *princípio de garantia* em que se assenta a teoria dos vícios redibitórios. Nesta, o dever do alienante é garantir o uso e gozo da coisa, protegendo o adquirente contra os defeitos ocultos. Mas essa garantia estende-se também aos *defeitos do direito* transmitido. O art. 447 do Código Civil prescreve que, nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção, subsistindo esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública. Será ele obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da perda da coisa para terceiro, por força de decisão judicial em que fique reconhecido que aquele não era o legítimo titular do direito que convencionou transmitir.

Essa perda denomina-se evicção, palavra derivada do latim *evin-cere*, que significa *ser vencido*. Há, na evicção, três personagens: o *alienante*, que responde pelos riscos da evicção; o *evicto*, que é o adquirente vencido na demanda movida por terceiro; e o *evictor*, que é o terceiro reivindicante e vencedor da ação. A responsabilidade decorre da lei e independe, portanto, de previsão contratual. Mesmo que o contrato seja omisso a esse respeito, ela existirá *ex vi legis*, em todo contrato *oneroso*, pelo qual se transfere o *domínio*, *posse* ou *uso*. Pode decorrer, assim, tanto de ações petitórias como de possessórias, pois o citado art. 447 não prevê nenhuma limitação. Em regra, pois, inexistente responsabilidade pela evicção nos contratos *gratuitos* (art. 552), salvo se se tratar de doação *modal* (onerosa ou gravada de encargo).

28 EXTENSÃO DA GARANTIA

Sendo uma garantia legal, a sua extensão é estabelecida pelo legislador. Ocorrendo a perda da coisa, em ação movida por terceiro, o

adquirente tem o direito de voltar-se contra o alienante, para ser ressarcido do prejuízo. As verbas devidas estão especificadas no art. 450 do Código Civil e abrangem, além da *restituição integral do preço* ou das quantias que pagou: **a)** a indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; **b)** a das despesas dos contratos e dos prejuízos que resultarem diretamente da evicção; e **c)** as custas judiciais e os honorários do advogado por ele constituído. Na realidade, o ressarcimento deve ser amplo e completo, como se infere da expressão *prejuízos que resultarem diretamente da evicção*, incluindo-se as despesas com sisa, lavratura e registro de escritura, juros e correção monetária.

Subsiste para o alienante a obrigação de ressarcir os referidos prejuízos ainda que a coisa alienada esteja *deteriorada*, exceto havendo dolo do adquirente (CC, art. 451). Mas, se este tiver auferido vantagens das deteriorações (vendendo material de demolição, p. ex.), serão deduzidas da verba a receber, a não ser que tenha sido condenado a indenizar o terceiro reivindicante (art. 452). No tocante às *benfeitorias* feitas na coisa, o evicto, como qualquer possuidor, tem direito a ser indenizado das necessárias e úteis, pelo reivindicante (arts. 453 e 1.219). Contudo, se lhe foram abonadas (pagas pelo reivindicante) e tiverem sido feitas, na verdade, pelo alienante, o valor delas será levado em conta na restituição devida (art. 454).

Podem as partes, por cláusula expressa, *reforçar* (impondo a devolução do preço em dobro, p. ex.) ou *diminuir* a garantia (permitindo a devolução de apenas uma parte), e até mesmo *excluí-la* (art. 448). Não obstante a existência de tal cláusula, se a evicção se der, tem direito o evicto a recobrar o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu (art. 449). A cláusula de irresponsabilidade, por si só, isto é, desacompanhada da ciência da existência de reivindicatória em andamento, exclui apenas a obrigação do alienante de indenizar todas as demais verbas, mencionadas ou não no art. 459, mas não a de restituir o preço recebido. Para que fique exonerado também desta última, faz-se mister, além da cláusula de irresponsabilidade, que o evicto tenha sido informado do risco da evicção e o assumido, renunciando à garantia.

Em caso de *evicção parcial*, mas com perda de parte considerável da coisa, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a resti-

tuição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se, por exemplo, o evicto adquiriu cem alqueires de terra e perdeu sessenta, pode optar por rescindir o contrato, ou ficar com o remanescente, recebendo a restituição da parte do preço correspondente aos sessenta alqueires que perdeu. Se não for considerável a evicção, caberá somente direito a indenização (art. 455). O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se eventeu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial (art. 450, parágrafo único). Desse modo, o preço dos sessenta alqueires será calculado pelo valor do tempo da sentença que ocasionou a evicção, e não pelo do tempo da celebração do contrato.

29 REQUISITOS DA EVICÇÃO

São os seguintes:

- a) *Perda total* ou *parcial* da propriedade, posse ou uso da coisa alienada.
- b) *Onerosidade da aquisição* (v. n. 27, *retro*).
- c) *Ignorância, pelo adquirente, da litigiosidade da coisa* (art. 457). Se a co-nhecia, presume-se ter assumido o risco de a decisão ser desfavorável ao alienante.
- d) *Anterioridade do direito do evictor*. O alienante só responde pela perda decorrente de causa já existente ao tempo da alienação. Se lhe é posterior, nenhuma responsabilidade lhe cabe. É o caso da *desapropriação* efetuada pelo poder público. A causa da perda surgiu após a transmissão do direito. No entanto, se já havia sido expedido decreto de desapropriação antes da realização do negócio, responde o alienante pela evicção, ainda que a expropriação tenha-se efetivado posteriormente, porque a causa da perda é anterior ao contrato e o adquirente não tinha meios de evitá-la. Se, por outro lado, o imóvel adquirido está na posse de terceiro, que adquire o domínio pela *usucapião*, não cabe ao alienante ressarcir o adquirente, porque competia a este evitar a consumação da prescrição aquisitiva, a menos que ocorresse em data tão próxima da alienação que se tornasse impossível ao evicto impedi-la.
- e) *Denúnciação da lide* ao alienante. Somente após a ação do terceiro contra o adquirente é que este poderá agir contra aquele. Dispõe

o art. 456 do Código Civil que “para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lho determinarem as leis do processo”.

Faz-se a notificação por meio da *denúnciação da lide* (CC, art. 456, parágrafo único; CPC, art. 70, n. I), para que o alienante venha coadjuvar o réu-denunciante na defesa do direito. Instaura-se, por meio dela, a lide secundária entre o adquirente e o alienante, no mesmo processo da lide principal travada entre o reivindicante e o primeiro. A sentença julgará as duas e, se julgar procedente a ação, declarará o direito do evicto (CPC, art. 76). Podem ocorrer denúncias sucessivas, se o bem passou por diversos adquirentes. Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos (art. 456, parágrafo único). Em razão dos termos peremptórios do art. 456 citado, tem-se decidido que, se não for feita a denúncia da lide, o adquirente não poderá mais exercer o direito decorrente da evicção. Verificada esta, não terá direito a indenização, pois o aludido dispositivo impede o ajuizamento de *ação autônoma de evicção* por quem foi parte no processo em que ela ocorreu. Há, porém, outra corrente que sustenta a admissibilidade da ação autônoma, como indenização pela prática de verdadeiro ilícito, fundada no princípio que veda o enriquecimento sem causa (*RJ TJSP*, 117:130, 131:121; *STF-RTJ*, 59:43). Tal ação é, hoje, de ser admitida quando a evicção ocorre em *processo sumário*, porque proibida a denúncia em processo que tramita por esse rito. Entendimento contrário apenaria indevidamente o adquirente com a perda do direito decorrente da evicção. A jurisprudência tem admitido a ação autônoma de evicção, independentemente de sentença e de denúncia, quando o evicto não foi parte na ação originária, não tendo, assim, oportunidade de denunciar a lide ao alienante, como nas hipóteses de apreensão de veículo furtado, devolvido à vítima, e de apreensão de bens contrabandeados. O adquirente se vê privado do bem, sem ter tido a oportunidade de denunciar a lide ao alienante, porque a perda decorreu de ato administrativo, e não de sentença proferida em regular processo (*RT*, 696:123, 732:245). Essa orientação foi reforçada pelo fato de o art. 457 do

novo Código Civil não reproduzir a exigência feita pelo art. 1.117 do diploma de 1916 de que a perda tenha decorrido de sentença judicial.

QUADRO SINÓTICO – DA EVICÇÃO

1. Conceito	É a perda da coisa em virtude de sentença judicial, que a atribui a outrem por causa jurídica preexistente ao contrato.
2. Fundamento jurídico	Funda-se no mesmo <i>princípio de garantia</i> em que se assenta a teoria dos vícios redibitórios, estendido aos defeitos do <i>direito</i> transmitido. O alienante é obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da perda da coisa para terceiro, por força de decisão judicial (art. 447).
3. Extensão da garantia	— Verbas devidas, além da restituição das quantias pagas: a indenização dos frutos que o adquirente tiver sido obrigado a restituir; a das despesas dos contratos e dos prejuízos que resultarem diretamente da evicção; as custas e os honorários de advogado (art. 450). — Subsiste para o alienante a obrigação de ressarcir os prejuízos ainda que a coisa alienada esteja <i>deteriorada</i>, exceto havendo dolo do adquirente (art. 451). — Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção (art. 448). Não obstante a existência de tal cláusula, se a evicção se der, tem direito o evicto a recobrar o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu (art. 449). — Em caso de <i>evicção parcial</i>, mas considerável, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido (art. 455).
4. Requisitos da evicção	a) <i>perda total</i> ou <i>parcial</i> da propriedade, posse ou uso da coisa alienada; b) <i>onerosidade da aquisição</i>; c) <i>ignorância</i>, pelo adquirente, da <i>litigiosidade da coisa</i> (art. 457); d) <i>anterioridade do direito</i> do evictor; e) denúnciação da lide ao alienante (art. 456).

CAPÍTULO VII

DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

30 MODO NORMAL DE EXTINÇÃO

Os contratos, como os negócios jurídicos em geral, têm também um ciclo vital: nascem do acordo de vontades, produzem os efeitos que lhes são próprios e extinguem-se. A extinção dá-se, em regra, pela *execução*, seja instantânea, diferida ou continuada. O cumprimento da prestação libera o devedor e satisfaz o credor. Este é o meio *normal* de extinção do contrato. Comprova-se o pagamento pela *quitação* fornecida pelo credor, observados os requisitos exigidos no art. 320 do Código Civil (*v. n. 10.2, retro*).

31 EXTINÇÃO SEM CUMPRIMENTO

Algumas vezes o contrato extingue-se antes de ter alcançado o seu fim, ou seja, sem que as obrigações tenham sido cumpridas. Várias causas acarretam essa extinção *anormal*. Algumas são *anteriores* ou *contemporâneas* à formação do contrato; outras, *supervenientes*.

31.1. CAUSAS ANTERIORES OU CONTEMPORÂNEAS

As causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato são: **a)** defeitos decorrentes do não preenchimento de seus requisitos subjetivos (capacidade das partes e livre consentimento), objetivos (objeto lícito, possível, determinado ou determinável) e formais (forma prescrita em lei), que afetam a sua validade, acarretando a *nulidade* absoluta ou relativa (*anulabilidade*); **b)** implemento de *cláusula resolutiva*, expressa ou tácita; e **c)** exercício do *direito de arrependimento* convencional.

a) Nulidade absoluta e nulidade relativa — A primeira decorre de transgressão a preceito de ordem pública e impede que o contrato

produza efeitos desde a sua formação (*ex tunc*). A nulidade relativa (*anulabilidade*) advém de imperfeição da vontade: ou porque emanada de um relativamente incapaz não assistido (prejudicando o interesse particular de pessoa que o legislador quis proteger), ou porque contém algum dos vícios do consentimento, como erro, dolo, coação etc. Como pode ser sanada e até mesmo não arguida no prazo prescricional, não extinguirá o contrato enquanto não se mover ação que a decrete, sendo *ex nunc* os efeitos da sentença.

b) *Cláusula resolutiva* — Pode ser *expressa*, quando convencionada para a hipótese de inadimplemento, ou *tácita*. Em todo contrato bilateral ou sinalagmático presume-se a existência de uma cláusula resolutiva tácita, autorizando o lesado pelo inadimplemento a pleitear a resolução do contrato, com perdas e danos (CC, art. 475). Segundo dispõe o art. 474 do mesmo diploma, a expressa opera de pleno direito, e a tácita depende de interpelação judicial. Em ambos os casos, a resolução deve ser *judicial*. No primeiro, a sentença tem efeito meramente declaratório e *ex tunc*, pois a resolução dá-se automaticamente, no momento do inadimplemento; no segundo, tem efeito desconstitutivo, dependendo de interpelação judicial.

c) *Direito de arrependimento* — Quando expressamente previsto no contrato, autoriza qualquer das partes a rescindir o ajuste, mediante declaração unilateral da vontade, sujeitando-se à perda do sinal, ou à sua devolução em dobro (*v.* art. 420). Deve ser exercido no prazo convencionado ou antes da execução do contrato, se nada foi estipulado a esse respeito, pois o adimplemento deste importará renúncia tácita àquele direito.

O *adimplemento substancial* do contrato, todavia, tem sido reconhecido pela doutrina como impedimento à resolução unilateral do contrato. Sustenta-se que a hipótese de resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, ou seja, do descumprimento insignificante da avença, não se afigurando razoável a sua extinção como resposta jurídica à preservação e à função social do contrato (CC, art. 421).

31.2. CAUSAS SUPERVENIENTES À FORMAÇÃO DO CONTRATO

Verifica-se a dissolução do contrato em função de causas posteriores à sua criação por: **a)** *resolução*, como consequência de seu inadimplemento *voluntário*, *involuntário* ou por *onerosidade excessiva*; **b)** *resilição*, pela vontade de um ou de ambos os contratantes; **c)** *morte de um dos contratantes*, se o contrato for *intuitu personae*; e **d)** *rescisão*, modo específico de extinção de certos contratos.

- a) Resolução** — A resolução por *inexecução voluntária* decorre de comportamento culposos de um dos contraentes, com prejuízo ao outro. Produz efeitos *ex tunc*, extinguindo o que foi executado e obrigando a restituições recíprocas, sujeitando ainda o inadimplente ao pagamento de *perdas e danos* e da *cláusula penal*, convencionada para o caso de total inadimplemento da prestação (compensatória), em garantia de alguma cláusula especial ou para evitar o retardamento (moratória), conforme os arts. 475 e 409 a 411 do Código Civil. Entretanto, se o contrato for de *trato sucessivo* (de prestação de serviços de transporte, p. ex.), a resolução não produz efeito em relação ao pretérito, não se restituindo as prestações cumpridas. O efeito será, nesse caso, *ex nunc*. A resolução pode decorrer, no entanto, de *inexecução involuntária*, ou seja, de fatos inevitáveis, alheios à vontade das partes, denominados *caso fortuito* ou *força maior*, que impossibilitam o cumprimento da obrigação. A impossibilidade superveniente há de ser objetiva (não referente à própria pessoa do devedor), total e definitiva. O inadimplente não fica, nesse caso, responsável pelo pagamento de perdas e danos, salvo se expressamente se obrigou a ressarcir os prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, ou se estiver em mora (CC, arts. 393 e 399). A *onerosidade excessiva*, proveniente de acontecimento extraordinário e imprevisível, pode acarretar, também, a *resolução* do contrato, por se considerar subentendida, nos contratos comutativos e de execução diferida ou continuada, a cláusula *rebus sic stantibus* (v. CC, art. 478, e n. 4, *f. retro*). Poderá o juiz reajustar as prestações, tão somente reduzindo o valor da obrigação, ou exonerar totalmente o devedor.

b) *Resilição* — A resilição não deriva de inadimplemento contratual, mas unicamente da manifestação de vontade, que pode ser bilateral ou unilateral. A resilição *bilateral* denomina-se *distrato*, que é o acordo de vontades que tem por fim extinguir um contrato anteriormente celebrado (v. n. 10.2, *retro*). A *unilateral* pode ocorrer somente em determinados contratos, pois a regra é a impossibilidade de um contraente romper o vínculo contratual por sua exclusiva vontade. Alguns contratos, no entanto, por sua própria natureza, podem ser dissolvidos unilateralmente. Tal ocorre com os de execução continuada, celebrados por prazo indeterminado (prestação de serviços, fornecimento de mercadorias etc.). Nesses casos, a resilição denomina-se *denúncia*. Podem ser mencionados ainda, como exemplos, os de mandato, comodato e depósito. No primeiro, a resilição denomina-se *revogação* ou *renúncia*, conforme a iniciativa seja, respectivamente, do mandante ou do mandatário. Na enfiteuse, ocorre o *resgate* (CC/1916, art. 693), como modo de liberação unilateral do ônus real. A resilição unilateral independe de pronunciamento judicial e produz somente efeitos *ex nunc*, não retroagindo.

Dispõe o art. 473 do Código Civil que “a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, “a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” (parágrafo único).

c) *Morte de um dos contratantes* — Tal fato só acarreta a dissolução dos contratos personalíssimos (*intuitu personae*), que não poderão ser executados pela morte daquele em consideração do qual foi ajustado. Subsistem as prestações cumpridas, pois o seu efeito opera-se *ex nunc*.

d) *Rescisão* — Entre nós, o referido termo é usado como sinônimo de resolução e de resilição. Deve ser empregado, no entanto, para as hipóteses de dissolução de determinados contratos, como aqueles em que ocorreu *lesão* ou que foram celebrados em *estado de perigo*.

A primeira é um defeito do negócio jurídico que se configura quando alguém obtém um lucro exagerado, desproporcional, aproveitando-se da inexperiência ou da situação de necessidade do outro contratante (CC, art. 157). O estado de perigo assemelha-se à anulação pelo vício da coação e caracteriza-se quando a avença é celebrada em condições desfavoráveis a um dos contraentes, em situação de extrema necessidade, conhecida da outra parte (art. 156). Os efeitos da sentença retroagem à data da celebração do contrato, em ambos os casos. Destarte, a parte que recebeu fica obrigada a restituir.

QUADRO SINÓTICO – DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

1. Modo normal de extinção	A extinção dá-se, em regra, pela <i>execução</i> , seja instantânea, diferida ou continuada. Comprova-se o pagamento pela <i>quitação</i> fornecida pelo credor (art. 320).
2. Extinção sem cumprimento	Causas anteriores ou contemporâneas a) Nulidade absoluta e nulidade relativa. A primeira decorre de transgressão a preceito de ordem pública e impede que o contrato produza efeitos desde a sua formação (<i>ex tunc</i>); a <i>nulidade relativa (anulabilidade)</i> advém da imperfeição da vontade. Não extingue o contrato enquanto não se mover ação que a decrete, sendo <i>ex nunc</i> os efeitos da sentença. b) Cláusula resolutiva. Pode ser <i>expressa</i>, quando convencionada para a hipótese de inadimplemento, ou <i>tácita</i>. A primeira opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial e é subentendida em todo contrato bilateral (art. 475). c) Direito de arrependimento. Quando previsto, autoriza qualquer das partes a rescindir o ajuste, sujeitando-se à perda do sinal ou à sua devolução em dobro (art. 420).

2. Extinção sem cumprimento	Causas supervenientes	a) Resolução	— <i>inexecução voluntária</i> (culposa); — <i>involuntária</i> (caso fortuito e força maior); — <i>onerosidade excessiva</i>.
		b) Resilição	— <i>bilateral</i>: acordo de vontades denominado <i>distrato</i>; — <i>unilateral</i>: pode ocorrer apenas em certos contratos, sob a forma de <i>denúncia, revogação, renúncia e resgate</i>.
		c) Morte de um dos contratantes	Só acarreta a dissolução dos contratos personalíssimos. Subsistem as prestações cumpridas.
		d) Rescisão	Ocorre com a dissolução de determinados contratos, como aqueles em que ocorreu <i>lesão</i> ou <i>estado de perigo</i> .

TÍTULO II

DOS CONTRATOS EM ESPÉCIE

CAPÍTULO I

DA COMPRA E VENDA

SEÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

32 INTRODUÇÃO

Numa fase primitiva da civilização, predominava a troca ou permuta de objetos. Com o passar dos anos, determinadas mercadorias passaram a ser usadas como padrão, para facilitar o intercâmbio e o comércio de bens úteis aos homens. A princípio, foram utilizadas as cabeças de gado (*pecus*, dando origem à palavra “pecúnia”); posteriormente, os metais preciosos. Quando estes começaram a ser cunhados com o seu peso, tendo valor determinado, surgiu a moeda e, com ela, a *compra e venda*. Tornou-se esta, em pouco tempo, responsável pelo desenvolvimento dos países e o mais importante de todos os contratos. O art. 481 do Código Civil a enuncia desta forma: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

Ressalta do texto o *caráter obrigacional* do aludido contrato. Por ele, os contratantes apenas obrigam-se reciprocamente. Mas a transferência do domínio depende de outro ato: a *tradição*, para os móveis (CC, arts. 1.226 e 1.267); e o *registro*, para os imóveis (arts. 1.227 e 1.245). Filiou-se o nosso Código, nesse particular, aos sistemas alemão e romano. O sistema francês, diferentemente, atribui *caráter real* ao contrato: este, por si, transfere o domínio da coisa ao comprador. Em

nosso país, sofre a perda do veículo o alienante que recebeu o pagamento do preço, e convencionou entregá-lo no dia seguinte, se ocorrer à noite, por exemplo, o seu perecimento por incêndio ou furto, porque a coisa perece para o dono (*res perit domino*), e o fato aconteceu antes da tradição. Na França (e, também, na Itália e Portugal, que seguem o mesmo sistema), o prejuízo seria do adquirente, que já se tornara dono pela convenção. O contrato de *alienação fiduciária* constitui exceção à regra apontada, pois transfere o domínio independentemente da tradição (CC, art. 1.361). Entre nós, se o alienante, que assume a obrigação de efetuar a entrega, não a cumpre e aliena o mesmo bem posteriormente a terceiro, não tem o primeiro adquirente o direito de reivindicá-la, mas tão somente o de reclamar perdas e danos.

33 NATUREZA JURÍDICA

A compra e venda é contrato: **a)** *bilateral* ou *sinalagmático*, uma vez que gera obrigações recíprocas: para o comprador, a de pagar o preço em dinheiro; para o vendedor, a de transferir o domínio de certa coisa; **b)** *consensual*, visto que se aperfeiçoa com o acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa, consoante dispõe o art. 482 do Código Civil, *verbis*: “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço”; **c)** *oneroso*, pois ambos os contratantes obtêm proveito, ao qual corresponde um sacrifício (para um, pagamento do preço e recebimento da coisa; para outro, entrega do bem e recebimento do pagamento); **d)** em regra, *comutativo*, porque as prestações são certas e as partes podem antever as vantagens e os sacrifícios, que geralmente se equivalem, malgrado transforme-se em *aleatório* quando tem por objeto coisas futuras ou coisas existentes mas sujeitas a risco; **e)** em regra, *não solene*, isto é, de forma livre; em certos casos, contudo, como na alienação de imóveis, é *solene*, sendo exigida a escritura pública (CC, art. 108).

34 ELEMENTOS DA COMPRA E VENDA

Os elementos essenciais da compra e venda são: coisa, preço e consentimento (*res, pretium et consensus*). O art. 482, retrotranscrito, a

considera obrigatória e perfeita, desde que as partes *acordem* no *objeto* e no *preço*. A *forma* só aparece como quarto elemento obrigatório em determinados contratos, como a compra e venda de imóveis de valor superior à taxa legal.

34.1. CONSENTIMENTO

O consentimento deve ser *livre* e *espontâneo*, sob pena de anulabilidade do negócio jurídico, e recair sobre os outros dois elementos: a *coisa* e o *preço*. Será anulável a venda, também, se houver erro sobre o objeto principal da declaração ou sobre as suas qualidades essenciais (CC, art. 139, I). Requer *capacidade* das partes. As incapacidades dos arts. 3º e 4º do Código Civil são supridas pela representação, pela assistência e pela autorização do juiz (CC, arts. 1.634, V, 1.691, 1.748 e 1.774).

34.2. PREÇO

O preço é o segundo elemento essencial da compra e venda. Sem a sua fixação, a venda é nula. Mas, se não for desde logo *determinado*, deve ser ao menos *determinável*, mediante critérios objetivos estabelecidos pelos próprios contratantes. O art. 486 do Código Civil permite que se deixe a fixação do preço à *taxa do mercado* ou de *bolsa*, em certo e determinado dia e lugar. Vários outros modos de determinação futura do preço podem ser escolhidos pelos contraentes. O que não se admite é a indeterminação absoluta, como na cláusula “pagará o que quiseres”, deixando ao arbítrio do comprador a taxação do preço. O art. 489 a declara nula, por potestativa. Permite a lei que a fixação do preço seja deixada ao *arbítrio de terceiro*, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem designar outra pessoa (art. 485). O terceiro age como mandatário destes, não se exigindo capacidade especial. O preço pode ser fixado, também, em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação (art. 487). Pode ser convencionada, ainda, a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, entendendo-se que, nesse caso, as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor, não havendo tabelamento

oficial (art. 488). Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio (parágrafo único).

O preço deve ser pago em *dinheiro*, como prescreve o art. 481, *in fine*, ou redutível a dinheiro, subentendendo-se válido o pagamento efetuado por meio de título de crédito, do qual conste o montante em dinheiro estipulado. Se for pago mediante a entrega de algum objeto, teremos contrato de troca ou permuta; se mediante prestação de serviços, o contrato será inominado. Deve ser, também, *sério* e *real*, correspondente ao valor da coisa, e não vil ou fictício. A venda de um edifício suntuoso pelo preço de R\$ 1,00 constitui, na verdade, doação. Não se exige, contudo, exata correspondência entre o valor real e o preço pago, pois muitas pessoas preferem negociar o bem por preço abaixo do valor real para vendê-lo rapidamente. O que não pode haver é *erro*, nem *lesão*, que se configura quando alguém obtém um lucro exagerado, desproporcional, valendo-se da premente necessidade ou inexperiência da outra parte (CC, arts. 138 e 157).

34.3. COISA

A coisa, como objeto da compra e venda, deve atender a determinados requisitos:

- a) *Existência*. É nula a venda de coisa inexistente. A lei se contenta com a existência potencial da coisa, como a safra futura, por exemplo. São suscetíveis de venda as coisas atuais e as futuras (CC, art. 483), corpóreas e incorpóreas. A venda de coisas incorpóreas, como o crédito e o direito à sucessão aberta, por exemplo, é denominada *cessão* (cessão de crédito, cessão de direitos hereditários). Mas é proibida a venda de herança de pessoa viva, pois constitui imoral pacto sucessório (CC, art. 426).
- b) *Individuação*. O objeto da compra e venda há de ser determinado, ou suscetível de determinação no momento da execução. Admite-se, assim, a venda de *coisa incerta*, indicada ao menos pelo gênero e quantidade (CC, art. 243), que será determinada pela escolha, bem como a venda *alternativa*, cuja indeterminação cessa com a concentração (art. 252).
- c) *Disponibilidade*. A coisa deve encontrar-se disponível, isto é, não estar fora do comércio. Encontram-se nessa situação as coisas in-

suscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis, sejam estas indisponíveis por força de lei ou devido a cláusula de inalienabilidade colocada em doação ou testamento. São igualmente inalienáveis os valores e direitos da personalidade (CC, art. 11), bem como os órgãos do corpo humano (CF, art. 199, § 4º). A disponibilidade alcança a *coisa litigiosa*, como se extrai do art. 457 do Código Civil, que impede o adquirente de demandar pela evicção se sabia da litigiosidade, quando adquiriu a coisa, pois assumiu voluntariamente o risco de o alienante sucumbir. Por sua vez, o art. 42 do Código de Processo Civil confirma a possibilidade de ser alienada coisa litigiosa.

Nem sempre, porém, a coisa *in commercium* pode ser transferida ao comprador. Não o pode a coisa alheia (venda *a non domino*), salvo se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade. Nesse caso, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição (CC, art. 1.268, § 1º). A eficácia da *venda de coisa alheia* depende de sua posterior revalidação pela superveniência do domínio. Se se admite a convalidação, a venda em princípio não é nula, mas *anulável*. Por outro lado, não pode ser transferida ao comprador, pelo aludido contrato, coisa que já lhe pertence. Ninguém pode adquirir o que já é seu, ainda que desconheça o fato.

35

EFEITOS DA COMPRA E VENDA

Os *principais* efeitos da compra e venda são: **a)** gerar obrigações recíprocas para os contratantes: para o vendedor, a de transferir o domínio de certa coisa, e para o comprador, a de pagar-lhe certo preço em dinheiro (CC, art. 481); e **b)** acarretar a responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção. Outros efeitos decorrentes de sua celebração podem ser chamados de *secundários* ou *subsidiários*, como:

- a) A responsabilidade pelos riscos** — Até o momento da tradição dos móveis e o registro dos imóveis, a coisa pertence ao vendedor. Os riscos de a coisa perecer ou se danificar, até esse momento, correm, portanto, por sua conta (*res perit domino*); e os de o preço se perder, por conta do comprador (CC, art. 492). Essa regra é uma conse-

quência da vinculação do nosso Código ao sistema alemão. Se já houve a transferência do domínio, pela tradição ou pelo registro, quem sofre as consequências do perecimento é o comprador; e da perda do dinheiro, depois de pago, é o vendedor. O § 1º do art. 492 prevê hipótese de *tradição simbólica*, ao proclamar que os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste. Na compra e venda de gado, por exemplo, o comprador costuma contar, pesar e marcar os animais, ao retirá-los. Enquanto tais operações não forem feitas, não se pode considerar certa a coisa vendida, principalmente porque ainda se encontram na propriedade do vendedor. Mas se este os colocou *à disposição do comprador*, que os contou e marcou nessa mesma propriedade, os casos fortuitos ocorridos durante tais atos correrão por conta deste (RT, 640:179). Outrossim, a coisa deve ser entregue, na falta de estipulação expressa, no local em que se encontrava ao tempo da venda (art. 493). Se for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue à transportadora indicada, porque houve tradição, salvo se das instruções dele se afastar o vendedor, remetendo-a por meio diverso do solicitado (CC, art. 494). Quando o comprador está em *mora* de receber a coisa adquirida, colocada à sua disposição conforme ajustado, os riscos correrão por sua conta (art. 492, § 2º).

- b) *A repartição das despesas* — Dispõe o art. 490 do Código Civil que ficarão as despesas da escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição, podendo, no entanto, em face do princípio da autonomia contratual, ser adotada outra solução, de comum acordo.
- c) *O direito de reter a coisa ou o preço* — Na compra e venda *à vista*, as obrigações são recíprocas e simultâneas. Mas cabe ao comprador o primeiro passo: pagar o preço. Antes disso, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, podendo retê-la, ou negar-se a assinar a escritura definitiva, até que o comprador satisfaça a sua parte (CC, art. 491). Se o vendedor não está em condições de entregar a coisa, deve o comprador se precaver, consignando o preço. Sendo a venda *a crédito*, pode o vendedor sobrestar a entrega, se antes da tradi-

ção o comprador cair em insolvência, até obter dele caução de que pagará no tempo ajustado (CC, art. 495). Preceito semelhante consta do art. 477, de caráter geral. Tal dispositivo fala, porém, em *diminuição do patrimônio* do devedor, enquanto o art. 495, aplicável à compra e venda, mais rigoroso, exige que tenha caído em *insolvência*. Da mesma forma, e para que haja igualdade de tratamento das partes, se é o vendedor que se torna insolvente, pode o comprador reter o pagamento até que a coisa lhe seja entregue, ou prestada caução.

36 LIMITAÇÕES À COMPRA E VENDA

Algumas pessoas sofrem limitações, decorrentes da *falta de legitimção*, em razão de determinadas circunstâncias ou da situação em que se encontram, que não se confundem com incapacidade. Só não podem vender ou comprar de certas pessoas.

36.1. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE

Prescreve o art. 496 do Código Civil: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge “se o regime de bens for o da separação obrigatória” (parágrafo único). A exigência subsiste mesmo na venda de avô a neto, e não só aos descendentes que estiverem na condição de herdeiros, pois a lei referiu-se a todos os descendentes: filhos, netos, bisnetos, trinnetos etc. Não fosse assim, bastaria que a transação fosse feita diretamente ao neto, filho do filho predileto do “vendedor”, para não ser impugnada (TJSP, Ap. 1.676.4/6, j. 29-5-96). “É nula a compra e venda realizada por avó a neta, sem o consentimento do pai desta — Art. 1.132 do Código Civil (de 1916)” (TJRJ, 5ª Câm., Ap. 1.476/98, j. 4-6-1998). Há, contudo, uma corrente que sustenta o contrário, sob alegação de que o aludido dispositivo aplica-se somente a herdeiro imediato. A finalidade da vedação é evitar as simulações fraudulentas: doações inoficiosas disfarçadas de compra e venda. Os outros descendentes e o cônjuge devem fiscalizar o ato do ascendente, para evitar que faça doação a um só dos filhos, conferindo

ao ato a aparência e a forma de compra e venda, para que este último não fique obrigado à colação, em prejuízo das legítimas dos demais. Esta é necessária, nas doações de pais a filhos (CC, art. 2.002), sendo dispensada na compra e venda. A preocupação com a legítima dos descendentes, demonstrada no art. 496, não se justifica, pois é permitido ao ascendente deixar quinhões desiguais a seus herdeiros necessários, utilizando-se da metade disponível e desde que não a ultrapasse, determinando a dispensa da colação (CC, art. 2.005). Devem consentir os *herdeiros necessários* ao tempo do contrato, ou seja, os mais próximos em grau, salvo o direito de representação, havidos ou não do casamento (os últimos, desde que reconhecidos) e os adotivos, pois o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, e o art. 1.596 do Código Civil os equipararam. Somente será dispensado o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória. A *anuência* deve ser *expressa*. Mas o art. 496 é omissivo no tocante à *forma*. Aplica-se, então, a regra geral constante do art. 220 do mesmo diploma, pelo qual a “anuência, ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento”. Desse modo, será concedida por instrumento público (na própria escritura, se possível), em se tratando de venda de imóvel de valor superior à taxa legal, podendo ser dada por instrumento particular, em se tratando de bem móvel.

Se um dos descendentes é *menor*, ou *nascituro*, cabe ao juiz nomear-lhe curador especial (CC, art. 1.692), em razão da colidência de interesses. Verificada a inexistência de propósito fraudulento, este comparecerá à escritura, para anuir à venda em nome do incapaz. Se a hipótese é de recusa em dar o consentimento, ou de impossibilidade (caso do amental), pode o ascendente requerer o *suprimento judicial*. Será deferido, na primeira hipótese, desde que a discordância seja imotivada, fruto de mero capricho (cf. STF, *RF*, 121:187, 126:450, 145:110; *RT*, 354:506, 520:250, 607:166), malgrado respeitáveis opiniões em contrário, baseadas na inexistência de permissão expressa. Tal omissão, entretanto, não constitui óbice ao *suprimento judicial do consentimento* do descendente, como decidido nos arestos citados, porque inexistente, por outro lado, proibição expressa. Pode, assim, ser empregada a analogia, com base nas hipóteses legais de recusa dos pais em consentir no casamento de filhos menores, e do cônjuge em anuir na prática dos atos

elencados no art. 1.647 do Código Civil. Aduza-se que o *cônjuge do descendente* não precisa consentir (RT, 534:82). Não se pode estender exigência legal a situações não expressamente previstas. Ademais, o descendente nada está alienando, mas apenas praticando um ato pessoal, anuindo na venda. O art. 1.647 só exige o consentimento do cônjuge nas alienações ou onerações de bens imóveis. Portanto, quem necessita de outorga uxória é somente o ascendente alienante.

A venda realizada com inobservância do disposto no art. 496 é *anulável*, estando legitimados para a ação anulatória os descendentes preteridos. Como o Código Civil de 1916 não dizia se a venda era nula ou anulável, forte corrente doutrinária e jurisprudencial sustentava que era nula, porque os incisos IV e V do art. 145 do referido diploma cominavam tal pena ao ato praticado com preterição de alguma solenidade que a lei considerava essencial para a sua validade e quando taxativamente o declarava nulo ou lhe negava efeito. Entretanto, acabou prevalecendo a tese da anulabilidade, ao fundamento de que os tribunais admitiam a ratificação ou confirmação do ato pelo descendente — e somente a nulidade relativa pode ser sanada. Além disso, não se o anulava quando se demonstrava a inexistência de artifício fraudulento e a autenticidade da venda, sendo justo o preço pago pelo descendente-adquirente (RJTJSP, 136:305). Dizia a Súmula 152 do Supremo Tribunal Federal que a ação anulatória prescrevia em quatro anos, a contar da abertura da sucessão. Entretanto, a Súmula 494 do mesmo Tribunal veio a proclamar: “A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152”. Entretanto, continuou sendo admitida a ratificação ou confirmação pelo descendente omissa e a prova de que a venda era real, para afastar a anulação da venda (STJ, RF, 331:236). O Código Civil de 2002 optou, expressamente, pela tese da anulabilidade da venda (art. 496).

36.2. AQUISIÇÃO DE BENS POR PESSOA ENCARREGADA DE ZELAR PELOS INTERESSES DO VENDEDOR

O art. 497 do Código Civil nega legitimação a certas pessoas, encarregadas de zelar pelo interesse dos vendedores, para adquirir

bens pertencentes a estes. A intenção é manter a isenção de ânimo naqueles que, por dever de ofício ou por profissão, têm de zelar por interesses alheios, como o tutor, o curador, o administrador, o empregado público, o juiz e outros, que foram impedidos de comprar bens de seus tutelados, curatelados etc.

Preceitua, com efeito, o mencionado dispositivo que, “sob pena de nulidade”, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública: **a)** pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração; **b)** pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; **c)** pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade; **d)** pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados. As proibições estendem-se à cessão de crédito (parágrafo único).

36.3. VENDA DA PARTE INDIVISA EM CONDOMÍNIO

O condômino não pode alienar a sua *parte indivisa* a estranho, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino preterido pode exercer o seu *direito de preferência* pela ação de preempção, ajuizando-a no prazo decadencial de *cento e oitenta dias* contados da data em que teve ciência da alienação (RT, 432:229, 543:144) e na qual efetuará o depósito do preço pago, havendo para si a parte vendida ao terceiro (CC, art. 504). Se mais de um condômino se interessar pela aquisição, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta destas, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, todos que quiserem poderão adquirir a parte vendida, depositando o preço (parágrafo único). Aplica-se a regra somente ao condomínio tradicional e não ao edifício. Assim, um condômino não precisa dar preferência aos demais proprietários. Mas se o apartamento pertencer também a outras pessoas, estas devem ser notificadas para exercer a preferência legal, pois instaurou-se, nesse caso, um condomínio tradicional dentro do horizontal. Se a coisa é *divisível*, nada impede que o condômino venda a sua parte a estranho, sem dar preferência aos seus consortes,

pois estes, se não desejarem compartilhar o bem com aquele, poderão requerer a sua divisão.

Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, é indivisível e regula-se pelas normas relativas ao condomínio (CC, art. 1.791). Podem, portanto, exercer o direito de preferência em caso de *cessão de direitos hereditários* a estranhos. Proclama, com efeito, o art. 1.794 do estatuto civil que “o coerdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro coerdeiro a quiser, tanto por tanto”. A preferência será exercida mediante o depósito do preço, no prazo de cento e oitenta dias contados da transmissão. Sendo vários os coerdeiros a exercer a preferência, entre eles se distribuirá o quinhão cedido, na proporção das respectivas quotas hereditárias (art. 1.795 e parágrafo único).

36.4. VENDA ENTRE CÔNJUGES

Um cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, exceto no da separação absoluta, só estará legitimado a alienar, hipotecar ou gravar de ônus reais os bens imóveis depois de obter a autorização do outro, ou o suprimento judicial de seu consentimento (CC, arts. 1.647, I, e 1.648; CF, art. 226, § 5º). Em razão da omissão do Código Civil de 1916, alguns doutrinadores, como Caio Mário da Silva Pereira, entendiam ser vedada a compra e venda entre marido e mulher. Afirmava este que, se o regime vigente fosse o da comunhão universal, a venda não seria senão um ato fictício, pois que o acervo dos bens do casal é comum, e não pode haver compra e venda sem a consequente mutação de patrimônio. Se o regime for outro, a venda é proibida, porque contrária ao princípio que se opõe à sua alteração pela convenção das partes. Mais aceitável, porém, a corrente a que se filia Serpa Lopes e que entende o contrário: não havendo impedimento expresso na lei, a compra e venda entre cônjuges é válida desde que não ocorra simulação ou fraude à lei, pois, se esta entendeu inútil uma determinada forma de proteção, não pode ela ser introduzida por força de dedução.

O art. 499 do Código Civil considera “lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão”. Na verdade, no regime da comunhão universal, tal venda mostra-se inócua, visto que, além do que já foi dito, o numerário utilizado na compra

sairia da própria comunhão. Mas nos demais regimes o sistema não impõe proibição. Inadmissível, todavia, a *doação* entre cônjuges casados no regime da separação legal ou obrigatória, por desvirtuar as suas características e finalidades.

37 VENDAS ESPECIAIS

37.1. VENDA MEDIANTE AMOSTRA

Dispõe o art. 484 do Código Civil que, “se a venda se realizar à vista de amostras, protótipos ou modelos, entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa as qualidades que a elas correspondem”. Amostra é o mesmo que paradigma. Se a mercadoria entregue não for em tudo igual à amostra, caracteriza-se o inadimplemento contratual, devendo o comprador protestar imediatamente, sob pena de o seu silêncio ser interpretado como correta e definitiva a entrega. Para acautelar-se, pode este requerer a vistoria da mercadoria, como medida preparatória da ação de resolução contratual, cumulada com perdas e danos.

Acrescenta o parágrafo único do citado dispositivo que “prevalece a amostra, o protótipo ou o modelo, se houver contradição ou diferença com a maneira pela qual se descreveu a coisa no contrato”.

37.2. VENDA “AD CORPUS” E VENDA “AD MENSURAM”

O art. 500 do Código Civil apresenta regra aplicável somente à compra e venda de *imóveis*. Se, “na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço”. Trata-se da venda *ad mensuram*, em que o preço é estipulado com base nas dimensões do imóvel (p. ex., tal preço por alqueire). Se se verifica, em posterior medição, que a área não corresponde às dimensões dadas, tem o comprador o direito de exigir a sua *complementação*. Somente se esta não for possível (pois não se oferece uma tríplice alternativa), por não ter o vendedor área rema-

nescente contígua, é que se abre para aquele a opção de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.

A complementação de área é exigida por meio da ação *ex empto* ou *ex vendito*, de natureza pessoal, porque o que se nela pleiteia é o integral cumprimento do contrato, mediante a entrega de toda a área prometida. Não pode ser pleiteada a resolução da avença, ou abatimento no preço, se puder ser feita a complementação. Inexistente essa possibilidade, abre-se então a alternativa para o comprador: ajuizar a ação redibitória ou a estimatória (*quantum minoris*). Como também ocorre no caso de vícios redibitórios, decai do direito de propor as referidas ações, bem como a *ex empto*, o comprador que não o fizer no prazo decadencial de um ano, a contar, porém, do registro do título, e não da efetiva entrega da coisa (art. 501). Se houver atraso na imissão de posse no imóvel, atribuível ao alienante, a partir dela fluirá o prazo de decadência (parágrafo único).

O atual Código deixou de prever a possibilidade de ser concedida indenização em lugar dessas duas alternativas, considerando-se que, algumas vezes, o prejuízo pode não justificar a extinção do contrato, nem ficar satisfeito com o abatimento proporcional ao preço, como na venda de apartamento com área de estacionamento em dimensão insuficiente para o fim a que se destina.

Se em vez de falta houver *excesso de área*, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso, sob pena de caracterizar-se o enriquecimento sem causa deste. Assim preceituam o Código Civil italiano e o Código Civil brasileiro (art. 500, § 2º). É de presumir, em princípio, que o alienante conhece a coisa que lhe pertence. Se a vendeu pelo preço estipulado, não pode atribuir ao adquirente uma complementação de preço injustificada, devendo a venda, para ele, ser considerada *ad corpus*. Ressalva-se-lhe, contudo, o direito de elidir essa presunção, provando que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, igualmente no prazo decadencial de um ano, a contar do registro do título.

O § 3º do citado art. 500 prescreve que “não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a re-

ferência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda *ad corpus*. Nessa espécie de venda o imóvel é adquirido como um todo (p. ex., Chácara Palmeiras), caracterizado por suas confrontações, não tendo nenhuma influência na fixação do preço as suas dimensões. Presume-se que o comprador adquiriu a área pelo conjunto que lhe foi mostrado e não em atenção à área declarada. Certas circunstâncias, como a expressão “tantos alqueires *mais ou menos*” e a de se tratar de imóvel urbano totalmente murado ou cercado, evidenciam que a venda foi *ad corpus*. Aduz o § 1º do mencionado dispositivo: “Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio”. Um vigésimo corresponde a 5% da extensão total. Diferença tão pequena não justifica o litígio, salvo se foi convencionado o contrário. A presunção em questão é *juris tantum*: não prevalecerá quando comprovada intenção diversa das partes. O critério deve ser aplicado, assim, somente em casos de *dúvida*.

SEÇÃO II

DAS CLÁUSULAS ESPECIAIS À COMPRA E VENDA

38 DA RETROVENDA

O Código Civil regulamentou, em seção própria, algumas cláusulas especiais admitidas nos contratos de compra e venda, a começar pela *retrovenda*, atualmente em desuso. Constitui esta um *pacto adjeto*, pelo qual o vendedor reserva-se o direito de reaver o imóvel que está sendo alienado, em certo prazo, restituindo o preço, mais as despesas feitas pelo comprador (art. 505). Sua *natureza jurídica* é a de um *pacto acessório*, adjeto ao contrato de compra e venda. Caracteriza-se como *condição resolutiva expressa*, trazendo como consequência o desfazimento da venda, retornando as partes ao estado anterior. Não constitui nova alienação e, por isso, não incide o imposto de transmissão *inter vivos*. Só pode ter por objeto *bens imóveis*, pois os móveis se transferem por simples tradição, dificultando o exame da situação.

O prazo máximo para o exercício do direito de *retrato* ou de *resgate* é de três anos. Se as partes ajustarem período maior, reputa-se não escrito somente o excesso; se não estipularem nenhum prazo, prevalecerá o máximo de três anos. Fixado pelas partes, ou presumido pela lei, o prazo é sempre *decadencial*. O direito de resgate pode ser cedido a terceiro, transmitido a herdeiros e legatários e ser exercido contra o terceiro adquirente (art. 507). O alienante conserva a sua ação contra os terceiros adquirentes da coisa retrovendida, ainda que não conhecessem a cláusula de retrato, pois adquiriram a *propriedade resolúvel* (CC, art. 1.359). O direito de retrato permanece, ainda que a cláusula não tenha sido averbada no registro de imóveis. Trata-se de direito pessoal, e não de direito real.

39 DA VENDA A CONTENTO E DA SUJEITA A PROVA

A *venda a contento do comprador* constitui pacto adjeto a contratos de compra e venda relativos, em geral, a gêneros alimentícios e a bebidas finas. A cláusula que a institui é denominada *ad gustum*. Entende-se realizada sob *condição suspensiva*, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue (CC, art. 509), se no contrato não se lhe tiver dado expressamente o caráter de condição resolutiva. No primeiro caso, o domínio permanece com o vendedor, enquanto o comprador não manifesta o seu agrado (art. 509, 2ª parte); no segundo, transmite-se desde logo ao adquirente, resolvendo-se quando aquele expressa seu desagrado. As obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de *mero comodatário*, enquanto não manifeste aceitá-la (art. 511). O aperfeiçoamento do negócio depende exclusivamente do arbítrio, isto é, do *gosto do comprador*, não podendo o vendedor alegar que a recusa é fruto de capricho. Trata-se de exceção à regra geral do art. 122 do mesmo diploma, que proíbe as condições puramente potestativas. Vencido o prazo sem manifestação do comprador, reputa-se perfeita a venda. Não havendo prazo estipulado, o vendedor terá direito a intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável (art. 512), sob pena de considerar-se perfeita a venda. Nesse caso, o silêncio valerá como consentimento. O direito resultante da venda a contento é simplesmente

peçoal, não se transferindo a outras pessoas, quer por ato *inter vivos*, quer por ato *causa mortis*. Extingue-se, se o comprador morrer antes de exercê-lo. Mas subsiste, e será manifestado perante os herdeiros do vendedor, se este for o que falecer.

Também a *venda sujeita a prova* presume-se feita sob a condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor e seja idônea para o fim a que se destina (CC, art. 510). Recebida sob essa condição a coisa comprada, as obrigações do comprador também são as de mero comodatário, enquanto não manifeste aceitá-la (art. 511).

40 DA PREEMPÇÃO OU PREFERÊNCIA

A preferência do condômino na aquisição de parte indivisa (CC, art. 504) e a do inquilino, quanto ao imóvel locado posto à venda (Lei n. 8.245/91, art. 27), são exemplos de *preferência* ou *prelação legal*. A subseção ora em estudo trata, porém, da *preferência convencional*, resultante de acordo de vontades. Pode ser convencionado que o comprador se obrigue a oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de *prelação* (o mesmo que preferência ou preempção) na compra, tanto por tanto (CC, art. 513). Assim, o vendedor de um objeto de estimação pode fazer constar do contrato, com a concordância do comprador, que este dará preferência ao primeiro, quando resolver revender o referido bem. O direito de preferência só será exercido *se e quando* o comprador vier a revender a coisa comprada, não podendo ser compelido a tanto. Embora seja peculiar ao contrato de compra e venda, não se exclui a sua aplicabilidade a outros contratos compatíveis, como o de locação. Para o seu exercício pode ser convencionado um prazo não excedente a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel (art. 513, parágrafo único). Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção *caducará*, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e, se for imóvel, não se exercendo nos sessenta dias subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor (CC, art. 516). Se o comprador desprezar a avença, não dando ciência ao vendedor do preço e das vantagens que lhe oferecerem pela coisa, responderá por *perdas e danos*, desde que este prove efetivo pre-

juízo. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé (CC, art. 518). O direito de preferência convencional é, portanto, de natureza pessoal, e não real. Não se pode ceder nem passar aos herdeiros (art. 520).

O legislador incluiu, na subseção ora em estudo, uma hipótese de preferência legal, denominada *retrocessão*. Consiste esta no direito de preferência atribuído ao expropriado no art. 519, pelo preço atual da coisa, se esta não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos. Não caberá a retrocessão se, por exemplo, desapropriado o terreno para nele ser construída uma escola, outra destinação lhe for dada, também de interesse público (se, em vez da escola, construir-se uma creche, p. ex.). Se em cinco anos não for dada ao imóvel expropriado nenhuma finalidade de interesse público ou social, haverá lugar, em tese, para a retrocessão, nos termos do mencionado art. 519. Mas a jurisprudência entende também ser inadmissível a reivindicatória contra o poder público, devendo o direito do ex-proprietário resolver-se em perdas e danos, mediante a propositura de ação de indenização, dentro de cinco anos (Decreto n. 20.910/32), para receber a diferença entre o valor do imóvel à época em que devia ter sido oferecido ao ex-proprietário e o atual.

41 DA VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO

Trata-se de modalidade especial de venda de coisa móvel, em que o vendedor tem a própria coisa vendida como garantia do recebimento do preço. Só a posse é transferida ao adquirente. A propriedade permanece com o alienante e só passa àquele após o recebimento integral do preço (CC, art. 521). O referido pacto adjeto, celebrado em geral nas compras e vendas a crédito de bens móveis, como os eletrodomésticos, objetiva dar maior garantia aos comerciantes, enquanto o contrato de *alienação fiduciária* visa a garantir as financeiras, que atuam como intermediárias entre o vendedor e o consumidor. Malgrado o campo de maior incidência da *venda com reserva de domínio* seja o de bens *móveis* infungíveis, inexistente qualquer norma que proíba a sua aplicação à venda de imóveis. Tem a natureza de venda sob *condição suspensiva*, pois a aquisição do domínio fica subordinada ao pagamento da última prestação. Constituído o comprador em mora, me-

diante protesto do título ou interpelação judicial, poderá o vendedor mover contra ele a competente ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido; ou poderá recuperar a posse da coisa vendida (CC, arts. 525 e 526). Embora o domínio e a posse indireta permaneçam com o alienante, os riscos da coisa passam para o adquirente, mero possuidor direto (CC, art. 524, 2ª parte). Há, assim, uma inversão da regra *res perit domino*, aplicando-se o princípio *res perit emptoris* (a coisa perece para o comprador).

Para valer contra terceiros, o contrato com reserva de domínio deve ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do comprador (CC, art. 522). Dá-se, dessa forma, publicidade ao ônus, impedindo que terceiro, a quem eventualmente o bem seja alienado, alegue boa-fé, para impedir a sua apreensão, na ação movida por aquele. O Código de Processo Civil regulou a execução do contrato pelo credor, em caso de inadimplemento da obrigação, no capítulo dos procedimentos especiais (arts. 1.070 e 1.071). Pode o credor optar pela *cobrança*, desde que as prestações estejam representadas por título executivo, ou pela *apreensão e depósito* da coisa vendida, comprovada a mora do comprador. No último caso, não havendo contestação, pagamento do preço ou pedido de prazo para efetuar-lo, pode ser requerida a imediata *reintegração na posse* da coisa depositada.

42 DA VENDA SOBRE DOCUMENTOS

Esclarece o art. 529 do Código Civil que, “na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos”. Acrescenta o parágrafo único que “achando-se a documentação em ordem, não pode o comprador recusar o pagamento, a pretexto de defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, salvo se o defeito já houver sido comprovado”.

Tal modalidade de contrato tem maior uso no comércio marítimo, na venda de praça a praça e entre países distantes. O vendedor, entregando os documentos, se libera da obrigação e tem direito ao preço; e o comprador, na posse justificada de tal documento, pode exigir do transportador a entrega da mercadoria. Estipulado o pagamento por intermédio de estabelecimento bancário, caberá a este

efetuá-lo contra a entrega dos documentos, sem obrigação de verificar a coisa vendida, pela qual não responde (CC, art. 532). Nesse caso, somente após a recusa do estabelecimento bancário a efetuar o pagamento poderá o vendedor pretendê-lo diretamente do comprador (parágrafo único).

QUADRO SINÓTICO – DA COMPRA E VENDA

1. Conceito	É o contrato pelo qual um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Gera apenas obrigações. A transferência do domínio depende da <i>tradição</i> , para os <i>móveis</i> (art. 1.226) e do <i>registro</i> para os imóveis (art. 1.227).
2. Natureza jurídica	a) É <i>bilateral</i> ou <i>sinagmático</i>, uma vez que gera obrigações recíprocas. b) É <i>consensual</i>, visto que se aperfeiçoa com o acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa. c) É <i>oneroso</i>, pois ambos os contratantes obtêm proveito, ao qual corresponde um sacrifício. d) É, em regra, <i>comutativo</i>, porque as prestações são certas, embora se transforme em <i>aleatório</i> quando tem por objeto coisas futuras ou sujeitas a risco. e) É, em regra, <i>não solene</i>, de <i>forma livre</i>, malgrado em certos casos seja solene, exigindo-se escritura pública (art. 108).
3. Elementos	Consentimento — Deve ser <i>livre</i> e <i>espontâneo</i>, sob pena de anulabilidade do negócio jurídico. — Deve recair sobre a coisa e o preço. — Requer capacidade das partes. As incapacidades dos arts. 3º e 4º do CC são supridas pela representação, pela assistência e pela autorização do juiz. — Exige, também, capacidade específica para <i>alienar</i> (poder de disposição) e, em alguns casos, <i>legitimação</i> para contratar.

3. Elementos	Preço	— Deve ser <i>determinado</i> ou <i>determinável</i>. — Pode ser fixado pela taxa do mercado ou de bolsa, em determinado dia e lugar (art. 486). — Não pode ser deixado ao arbítrio exclusivo de uma das partes (art. 489). — Pode a fixação ser deixada ao arbítrio de terceiro (art. 485). — Se não estabelecido critério para sua fixação, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor (art. 488). — Deve ser pago em dinheiro ou redutível a dinheiro. — Deve ser <i>sério</i> e <i>real</i> e não vil ou fictício.
	Coisa	— Deve ter <i>existência</i>, ainda que potencial, como a safra futura, p. ex. — Deve ser <i>individuada</i> ou suscetível de determinação no momento da execução. — Deve ser <i>disponível</i>, isto é, não estar fora do comércio.
4. Efeitos	Principais	a) gera obrigações recíprocas para os contratantes; b) acarreta a responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção.
	Secundários	a) a responsabilidade pelos riscos (art. 492); b) a repartição das despesas (art. 490); c) o direito de reter a coisa ou o preço (art. 491).
5. Limitações à compra e venda	Venda de ascendente a descendente	— É <i>anulável</i> a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido (art. 496).

5. Limitações à compra e venda	Venda de ascendente a descendente	— A finalidade da vedação é evitar doações inoficiosas disfarçadas de compra e venda. — A forma da anuência será a mesma do ato a ser praticado (art. 220). — Cabe ao juiz nomear curador especial ao descendente menor ou nascituro (art. 1.692), bem como suprir o consentimento, se a discordância for imotivada.
	Pessoa que deve zelar pelos interesses do vendedor	O art. 497 do CC nega legitimação a certas pessoas que têm, por dever de ofício, de zelar pelos bens alheios, com a finalidade de manter a isenção de ânimo, p. ex., do tutor, do curador, do administrador, do juiz etc.
	Parte indivisa em condomínio	O condômino não pode alienar a sua <i>parte indivisa</i> a estranho, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. Se preterido, poderá este exercer o seu <i>direito de preferência</i> pela ação de preempção, no prazo decadencial de cento e oitenta dias, efetuando o depósito do preço pago e havendo para si a parte vendida ao terceiro (art. 504). A regra aplica-se também ao coerdeiro (art. 1.795).
	Venda entre cônjuges	O art. 499 do CC considera “lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão”. No regime da comunhão universal, tal venda mostra-se inócua. Nos demais regimes o sistema não impõe proibição. É inadmissível a <i>doação</i> entre cônjuges casados no regime da separação legal ou obrigatória.

6. Vendas especiais	Venda mediante amostra	Se a venda se realizar à vista de amostras, protótipos ou modelos, entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa as qualidades que a ela correspondem (art. 484). Prevalece a amostra, se houver diferença com a maneira pela qual se descreveu a coisa no contrato (parágrafo único).
	Venda <i>ad corpus</i> e <i>ad mensuram</i>	a) Na venda <i>ad corpus</i>, o imóvel é adquirido como um todo (Chácara Palmeiras, p. ex.), sendo apenas enunciativa a referência às suas dimensões, que não têm influência na fixação do preço. b) Na venda <i>ad mensuram</i>, o preço é estipulado com base nas dimensões do imóvel. Se a área não corresponder às dimensões dadas, cabe a ação <i>ex empto</i> ou <i>ex vendito</i> para exigir a complementação. Se esta não for possível, cabe o ajuizamento da ação redibitória ou da <i>quantum minoris</i>.

DAS CLÁUSULAS ESPECIAIS À COMPRA E VENDA

1. Da retro-venda	Constitui um <i>pacto acessório</i> , pelo qual o vendedor reserva-se o direito de reaver o imóvel que está sendo alienado, em certo prazo, restituindo o preço, mais as despesas feitas pelo comprador (art. 505). Caracteriza-se como <i>condição resolutiva expressa</i> .
2. Da venda a contento e da sujeita a prova	Constituem cláusulas que subordinam a eficácia do contrato à condição de ficar desfeito se o comprador não se agradar da coisa, ou se não tiver esta as qualidades asseguradas pelo vendedor e for inidônea para o fim a que se destina (arts. 509 e 510).
3. Da preempção	A preferência do condômino na aquisição de parte indivisa constitui exemplo de <i>preferência</i> ou <i>prelação legal</i> . A <i>preferência convencional</i> resulta de um acordo de vontade.

3. Da preempção	des, em que o comprador se obriga a oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, para que este use o seu direito de prelação (o mesmo que preferência) na compra, tanto por tanto (arts. 513 a 520).
4. Da venda com reserva de domínio	É modalidade especial de venda de <i>coisa móvel</i> , em que o vendedor tem a própria coisa vendida como garantia do recebimento do preço. Só a posse é transferida ao adquirente. A propriedade permanece com o alienante e só passa àquele após o recebimento integral do preço (CC, art. 521).
5. Da venda sobre documentos	Espécie de venda na qual a tradição da coisa é substituída pelo seu título representativo e por outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos (art. 529).

CAPÍTULO II

DA TROCA

Segundo Beviláqua, a troca é o contrato pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra, que não seja dinheiro. Difere da compra e venda apenas porque, nesta, a prestação de uma das partes consiste em dinheiro. O contrato de *troca* ou *permuta* (*escambo*, segundo o Código Comercial) perdeu a sua importância, historicamente, com o surgimento da moeda, quando as coisas deixaram de ser permutadas por outras e passaram a ser trocadas por dinheiro, surgindo assim o contrato de compra e venda, que teve rápida ascensão e tornou-se responsável pelo desenvolvimento das nações. Como ocorre com a compra e venda, a troca é negócio jurídico *bilateral*, *oneroso* e *consensual*, não tendo caráter real, mas apenas obrigacional: gera para os permutantes a obrigação de transferir, um para o outro, a propriedade de determinada coisa. Quando um deles faz a reposição parcial em dinheiro, a troca não se transmuda em compra e venda, salvo se representar mais da metade do pagamento. Assim, se um contratante recebe coisa que vale R\$ 100,00 e entrega outra que vale R\$ 30,00, fazendo a reposição da diferença (R\$ 70,00) em dinheiro, terá havido compra e venda. Pouco efeito prático produz essa distinção, pois o legislador, considerando a semelhança existente entre ambas, determinou, no art. 533 do Código Civil, que se aplicassem à troca todas as disposições relativas à compra e venda, com apenas duas modificações: **a)** salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; **b)** é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento expresso dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

Se os valores são desiguais, e *o objeto que pertence ao ascendente é mais valioso*, os demais descendentes devem ser ouvidos e consentir expressamente, pelas mesmas razões que justificam a necessidade de tal consentimento na venda de ascendente para descendente (art. 496). Se os valores são *iguais*, não há necessidade da referida anuência,

pela impossibilidade de haver prejuízo para os demais descendentes. E, embora o Código não mencione, também será dispensável tal anuência se o bem recebido pelo ascendente, na troca, tiver *valor superior* ao por ele entregue, pois haverá, na hipótese, aumento de seu patrimônio, não tendo os demais descendentes legítimo interesse para discordar do negócio.

QUADRO SINÓTICO – DA TROCA

1. Conceito	Troca ou permuta é o contrato pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra, que não seja dinheiro. Difere da compra e venda apenas porque, nesta, a prestação de uma das partes consiste em dinheiro. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com duas ressalvas (art. 533, I e II).
2. Caracteres	Como ocorre com a compra e venda, a troca é negócio jurídico <i>bilateral</i> , <i>oneroso</i> e <i>consensual</i> , não tendo caráter real, mas apenas <i>obligacional</i> . Se os valores são <i>desiguais</i> , e o objeto que pertence ao ascendente é mais valioso, os demais descendentes devem consentir expressamente (art. 533, II).

CAPÍTULO III

DO CONTRATO ESTIMATÓRIO

43 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Pelo contrato estimatório ou de consignação, o consignante entrega bens móveis a outrem, denominado consignatário, para que este os venda pelo preço estimado, pagando-o àquele, salvo se preferir, no prazo ajustado, restituir-lhe a coisa consignada (CC, art. 534). O consignatário recebe o bem com a finalidade de vendê-lo a terceiro, segundo estimação feita pelo consignante. Nada impede, porém, que fique com o objeto para si, pagando o preço fixado. Se preferir vendê-lo, auferirá lucro no sobrepreço que obtiver.

É de natureza real, pois se aperfeiçoa com a entrega do bem ao consignatário. É, também, oneroso, visto que ambas as partes obtêm proveito; comutativo, porque não envolve risco; e bilateral, pois acarreta obrigações recíprocas.

44 REGULAMENTAÇÃO

Dispõe o art. 535 do Código Civil que o consignatário não se exonera da obrigação de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável. O consignante ostenta a condição de dono da coisa móvel deixada em consignação. Destarte, não pode ela ser objeto de penhora ou sequestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço (art. 536). Por outro lado, o consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição (art. 537). Findo o prazo do contrato, ou da notificação feita pelo consignante, terá ele direito ao preço ou à restituição da coisa. Em contrapartida, na fluência do lapso contratual, não poderá pretender a sua restituição, nem perturbar a posse direta do consignatário, sob pena de sujeitar-se aos interditos possessórios.

QUADRO SINÓTICO – DO CONTRATO ESTIMATÓRIO

1. Conceito	Pelo contrato estimatário ou de consignação, o consignante entrega bens móveis a outrem, denominado consignatário, para que este os venda a terceiro, segundo estimação feita pelo consignante. Nada impede, porém, que fique com o objeto para si, pagando o preço fixado. Se preferir vendê-lo, auferirá lucro no sobrepreço que obtiver.
2. Regulação	— O consignatário não se exonera da obrigação de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável (art. 535). — A coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou sequestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço, pois o consignante é o seu dono. — O consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição (art. 537).

CAPÍTULO IV DA DOAÇÃO

45 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Doação é o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra (CC, art. 538). Do conceito legal ressaltam os seus traços característicos: **a)** a natureza contratual; **b)** o *animus donandi*, ou seja, a intenção de fazer uma liberalidade; **c)** a transferência de bens para o patrimônio do donatário; e **d)** a aceitação deste. O primeiro nem precisaria, em rigor, ser mencionado, pois o fato de a doação estar regulada no capítulo dos contratos em espécie já evidencia a sua natureza contratual e, *ipso facto*, a necessidade da aceitação, cuja menção foi dispensada. Mas o legislador o incluiu para demonstrar ter optado pela corrente que a considera um contrato, diferentemente do direito francês. Na realidade, dois são os elementos peculiares à doação: **a)** o *animus donandi* (elemento subjetivo), que é a intenção de praticar uma liberalidade (principal característica); e **b)** a transferência de bens, acarretando a diminuição do patrimônio do doador (elemento objetivo). A doação constitui ato *inter vivos*.

Trata-se de um contrato, *em regra*, gratuito, unilateral, consensual e solene. *Gratuito*, porque constitui uma liberalidade, não sendo imposto qualquer ônus ou encargo ao beneficiário. Será, no entanto, oneroso, se houver tal imposição. *Unilateral*, porque cria obrigação para somente uma das partes. Contudo, será bilateral, quando modal ou com encargo. *Consensual*, porque se aperfeiçoa com o acordo de vontades entre doador e donatário, independentemente da entrega da coisa. Mas a doação manual (de bens móveis de pequeno valor) é de natureza real, porque o seu aperfeiçoamento depende da incontinência tradição destes (CC, art. 541, parágrafo único). Em geral *solene*, porque a lei impõe a forma escrita (art. 541, *caput*), salvo a de bens móveis

de pequeno valor, que pode ser verbal (parágrafo único). O doador não é obrigado a pagar *juros moratórios*, nem está sujeito às consequências da *evicção* ou do *vício redibitório* (CC, art. 552, 1ª parte), pois não seria justo que surgissem obrigações para quem praticou uma liberalidade. Mas a responsabilidade subsiste nas doações remuneratórias e com encargo, até o limite do serviço prestado e do ônus imposto. Nas doações para casamento com certa e determinada pessoa, o doador ficará sujeito à evicção, salvo convenção em contrário (art. 552, 2ª parte).

A *aceitação* é indispensável para o aperfeiçoamento da doação e pode ser expressa, tácita ou presumida. Em geral vem *expressa* no próprio instrumento. Mas não é imprescindível que seja manifestada simultaneamente à doação, podendo ocorrer posteriormente. É *tácita* quando revelada pelo comportamento do donatário. Este não declara expressamente que aceita o imóvel que lhe foi doado, mas, por exemplo, recolhe a sisa devida, demonstrando, com isso, a sua adesão ao ato do doador; ou, embora não declare aceitar a doação de um veículo, passa a usá-lo e providencia a regularização da documentação em seu nome.

A aceitação é *presumida* pela lei: **a)** Quando o doador fixa prazo ao donatário, para declarar se aceita, ou não, a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou (CC, art. 539). O *silêncio* atua, nesse caso, como manifestação de vontade. Tal presunção só se aplica às doações *puras*, que não trazem ônus para o aceitante. **b)** Quando a doação é feita em *contemplação de casamento futuro* com certa e determinada pessoa, e o casamento se realiza. A celebração gera a presunção de aceitação, não podendo ser arguida a sua falta (CC, art. 546). Dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura, se o donatário for absolutamente incapaz (CC, art. 543). A dispensa protege o interesse deste, pois a doação pura só pode beneficiá-lo.

46 PROMESSA DE DOAÇÃO

Assim como há promessa (ou compromisso) de compra e venda, pode haver, também, promessa de doação. Controverte-se, no entanto, a respeito da exigibilidade de seu cumprimento. Caio Mário da Silva Pereira sustenta ser inexigível o cumprimento de promessa de *doação pura*, porque esta representa uma liberalidade plena. Não cumprida a

promessa, haveria uma execução coativa ou poderia o promitente doador ser responsabilizado por perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil — o que se mostra incompatível com a gratuidade do ato. Tal óbice não existe, contudo, na *doação onerosa*, porque o encargo imposto ao donatário estabelece um dever exigível do doador.

Para outra corrente, a intenção de praticar a liberalidade manifesta-se no momento da celebração da promessa. A sentença proferida na ação movida pelo promitente donatário nada mais faz do que cumprir o que foi convencionado. Essa corrente, à qual pertencem Washington de Barros Monteiro e Yussef Said Cahali, admite promessa de doação entre cônjuges, celebrada em separação judicial consensual, e em favor de filhos do casal, cujo cumprimento, em caso de inadimplemento, pode ser exigido com base no art. 466-B do Código de Processo Civil. Na jurisprudência, entretanto, há divergências. Algumas decisões acolhem esse último entendimento. Outras, porém, exigem que a promessa convencionada em separação consensual tenha caráter retributivo (não seja de doação pura), havendo ainda manifestações no sentido de que a promessa enseja a possibilidade de arrependimento entre a vontade manifestada e o ato de doar, sendo inadmissível a execução forçada (RT, 699:55, 738:400).

47 ESPÉCIES DE DOAÇÃO

A doação pode ser:

- a) *Pura e simples* (ou *típica*) — Quando o doador não impõe nenhuma restrição ou encargo ao beneficiário, nem subordina a sua eficácia a qualquer condição. O ato constitui uma liberalidade plena.
- b) *Onerosa* (*modal*, *com encargo* ou *gravada*) — Aquela em que o doador impõe ao donatário uma incumbência ou dever. O *encargo* (representado, em geral, pela locução *com a obrigação de*) não suspende a aquisição nem o exercício do direito (CC, art. 136), diferentemente da *condição suspensiva* (identificada pela partícula *se*), que subordina a eficácia da liberalidade a evento futuro e incerto (art. 121). Enquanto este se não verificar, o donatário não adquirirá o direito. O encargo pode ser imposto em benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral (art. 553). O seu *cumprimento*, em caso de

mora, pode ser exigido judicialmente, salvo quando instituído em favor do próprio donatário, valendo, nesse caso, como mero conselho ou recomendação (ex.: “dou-te tal importância para comprares tal imóvel”). Têm legítimo interesse, para exigir o cumprimento, o doador e o terceiro (em geral, alguma entidade), aplicando-se as regras da estipulação em favor de terceiro, bem como o Ministério Público; este, somente se o encargo foi imposto no interesse geral e o doador já faleceu sem tê-lo feito (parágrafo único). Mas somente o doador pode pleitear a *revogação* da doação. Não perde o caráter de liberalidade o que exceder o valor do encargo imposto. Assim, se o bem doado vale R\$ 100,00 e o encargo exige o dispêndio de R\$ 20,00, haverá uma doação de R\$ 80,00 e uma alienação a título oneroso de R\$ 20,00.

- c) *Remuneratória* — É a feita em retribuição a serviços prestados, cujo pagamento não pode ser exigido pelo donatário. É o caso, por exemplo, do cliente que paga serviços prestados por seu médico, mas quando a ação de cobrança já estava prescrita; e, ainda, do que faz uma doação a quem lhe salvou a vida ou lhe deu apoio em momento de dificuldade. Se a dívida era exigível, a retribuição chama-se pagamento; se não era, denomina-se doação remuneratória. Se o valor pago exceder o dos serviços prestados, o excesso não perde o caráter de liberalidade, isto é, de doação pura (CC, art. 540). Se os serviços valem R\$ 100,00 e paga-se R\$ 150,00, os R\$ 50,00 excedentes constituem pura liberalidade.
- d) *Mista* — Decorre da inserção de liberalidade em alguma modalidade diversa de contrato (p. ex., venda a preço vil, que é venda na aparência, e doação na realidade). Embora haja a intenção de doar, existe um preço fixado, caracterizando a venda. Pode ocorrer, também, na aquisição de um bem por preço superior ao valor real (paga-se R\$ 150,00, sabendo-se que o valor real é R\$ 100,00). O sobrepreço inspira-se na liberalidade que o adquirente deseja praticar. Embora sustentem alguns que o negócio deve ser separado em duas partes, aplicando-se a cada uma delas as regras que lhe são próprias, a melhor solução é verificar a preponderância do negócio, se oneroso ou gratuito, levando-se em conta o art. 112 do Código Civil.

- e) *Em contemplação do merecimento do donatário (contemplativa)* — Quando o doador menciona, expressamente, o motivo da liberalidade, dizendo, por exemplo, que a faz porque o donatário tem determinada virtude, ou porque é seu amigo, ou renomado profissional etc. Segundo dispõe a 1ª parte do art. 540 do Código Civil, a doação é pura e como tal se rege, não exigindo que o donatário faça por merecer a dádiva.
- f) *Feita ao nascituro* — Dispõe o art. 542 do Código Civil que tal espécie de doação “valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. Pode o nascituro ser contemplado com doações, tendo em vista que o art. 2º põe a salvo os seus direitos desde a concepção. A aceitação será manifestada pelos pais, ou por seu curador, nesse caso com autorização judicial (CC, art. 1.748, II, c/c o art. 1.774). Sendo titular de direito eventual, sob condição suspensiva, caducará a liberalidade, se não nascer com vida.
- g) *Em forma de subvenção periódica* — Trata-se de uma pensão, como favor pessoal ao donatário, cujo pagamento termina com a morte do doador, não se transferindo a obrigação a seus herdeiros, salvo se o contrário houver, ele próprio, estipulado. Nesse caso, não poderá ultrapassar a vida do donatário (CC, art. 545).
- h) *Em contemplação de casamento futuro (propter nuptias)* — É o presente de casamento, dado em consideração às núpcias próximas do donatário com certa e determinada pessoa. Segundo prescreve o art. 546 do Código Civil, só ficará sem efeito *se* o casamento não se realizar. A sua eficácia subordina-se, pois, a uma condição suspensiva: a realização do casamento (*si nuptiae sequuntur*). Dispensa aceitação, que se presume da celebração. O dispositivo permite tal espécie de doação quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro. Pode ser beneficiada, portanto, a prole eventual do futuro casal.
- i) *Entre cônjuges* — O art. 544 do Código Civil estatui que a doação de um cônjuge a outro “importa adiantamento do que lhes cabe por herança”. A regra aplica-se às hipóteses em que o cônjuge participa da sucessão do outro na qualidade de herdeiro, previstas no art. 1.829 do Código Civil.

- j) *Em comum a mais de uma pessoa (conjuntiva)* — Entende-se distribuída entre os beneficiados, por igual, salvo se o doador dispuser em contrário (CC, art. 551). Se forem marido e mulher, a regra é o direito de acrescer: subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente, em vez de a parte do falecido passar aos seus herdeiros (parágrafo único). Não assim, se foi feita a um só dos cônjuges, mesmo no regime da comunhão universal (RT, 677:218).
- k) *De ascendentes a descendentes* — Proclama o art. 544 do Código Civil que a doação de ascendentes a descendentes “importa adiantamento do que lhes cabe por herança”. Estes estão obrigados a conferir, no inventário do doador, por meio de colação, os bens recebidos, pelo valor que lhes atribuir o ato de liberalidade ou a estimativa feita naquela época (CC, art. 2.004, § 1º), para que sejam igualados os quinhões dos herdeiros necessários, salvo se o ascendente os dispensou dessa exigência, determinando que saiam de sua metade disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação (CC, arts. 2.002 e 2.005). A obrigatoriedade da colação, na doação dos pais a determinado filho, dispensa, salvo a ressalva feita, a anuência dos outros filhos, somente exigível na venda (art. 496) ou permuta de bens de valores desiguais (art. 533, II).
- l) *Inoficiosa* — É a que excede o limite de que o doador, *no momento da liberalidade*, poderia dispor em testamento. O art. 549 do Código Civil declara nula somente a parte que exceder tal limite, e não toda a doação. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade de seus bens, pois a outra pertence de pleno direito aos referidos herdeiros (CC, art. 1.846). O art. 549 visa preservar, pois, a legítima dos herdeiros necessários. Malgrado o argumento de que, ajuizada a ação declaratória de nulidade da parte inoficiosa (*ação de redução*) antes da abertura da sucessão, estar-se-ia a litigar em juízo sobre herança de pessoa viva, inclina-se a doutrina pela possibilidade de tal ação ser ajuizada desde logo, não sendo necessário aguardar a morte do doador, porque o excesso é declarado *nulo*, expressamente, pela lei. O pedido é feito para que, anulado o ato, os bens retornem ao patrimônio do doador. Se forem feitas várias doações, tomar-se-á por base a primeira, isto é,

o patrimônio então existente, para o cálculo da inoficiosidade. Caso contrário, o doador continuaria doando a metade do que possui atualmente, e todas as doações seriam legais, até extinguir todo o seu patrimônio. A redução, nesse caso, deve ser proporcional, alcançando somente as inoficiosas.

- m) *Com cláusula de retorno ou reversão* — Permite o art. 547 que o doador estipule o retorno, ao seu patrimônio, dos bens doados, se sobreviver ao donatário. Não fosse essa cláusula, que configura condição resolutiva expressa, os referidos bens passariam aos herdeiros do último. Revela o propósito do doador de beneficiar somente o donatário e não os herdeiros deste, sendo, portanto, *intuitu personae*. A cláusula de reversão só terá eficácia se o doador sobreviver ao donatário. Se morrer antes deste, deixa de ocorrer a condição, e os bens doados incorporam-se definitivamente ao patrimônio do beneficiário, transmitindo-se, por sua morte, aos seus próprios herdeiros. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro (parágrafo único), pois caracterizaria uma espécie de fideicomisso por ato *inter vivos*.
- n) *Manual* — É a doação verbal de bens móveis de pequeno valor. Será válida se lhe seguir incontinenti a tradição (CC, art. 541, parágrafo único). A doação é contrato solene e consensual, porque a lei exige a forma pública, quando tem por objeto bens imóveis, e o instrumento particular, quando versa sobre bens móveis de grande valor (art. 541, *caput*), aperfeiçoando-se com o acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa. Entretanto, a *manual* constitui exceção à regra, porque pode ser feita *verbalmente*, desde que se lhe siga, incontinenti, a *tradição*. Como a lei não fornece critério para se aferir o *pequeno valor*, leva-se em consideração o patrimônio do doador. Em geral, considera-se de pequeno valor a doação que não ultrapassa a dez por cento dos bens.
- o) *Feita a entidade futura* — Dispõe o art. 554 do Código Civil que a doação a entidade futura caducará se, em dois anos, esta não estiver constituída regularmente. A existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro (art. 45).

48 RESTRIÇÕES LEGAIS

A lei impõe algumas limitações à liberdade de doar, visando preservar o interesse social, o interesse das partes e de terceiros. Proíbe, assim:

- a) *Doação pelo devedor já insolvente*, ou por ela reduzido à insolvência, por configurar fraude contra credores (CC, art. 158), podendo a sua validade ser impugnada por meio da ação pauliana. A regra busca proteger os credores do doador.
- b) *Doação da parte inoficiosa*. O art. 549 do Código Civil proclama ser nula a doação quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (cf. n. 47, *l. retro*).
- c) *Doação de todos os bens do doador*. O art. 548 do Código Civil considera nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador. Não haverá restrição se este tiver alguma fonte de renda ou reservar para si o usufruto dos referidos bens, ou de parte deles. A limitação visa proteger o doador, impedindo que, por sua imprevidência, fique reduzido à miséria, bem como a sociedade, evitando que o Estado tenha de amparar mais um carente. Não basta que o donatário se comprometa a assisti-lo, moral e materialmente. A nulidade recai sobre a totalidade dos bens, mesmo que o doador seja rico e a nulidade de uma parte baste para que viva bem.
- d) *Doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice*. Dispõe o art. 550 do Código Civil que tal doação pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

No art. 1.801, III, o Código também proíbe que o testador casado beneficie o concubino em seu testamento. Mas o art. 550 é mais amplo, porque alcança o *cúmplice* no adultério — expressão mais ampla do que *concubino* (*v.* art. 1.727), por abranger também a pessoa que manteve um relacionamento sexual eventual com o doador. Na mesma linha, prescreve o art. 1.642, V, que tanto o marido quanto a mulher podem reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço

comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos, ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato. A jurisprudência tem, entretanto, limitado a anulação aos casos em que o doador vive em companhia do cônjuge inocente e pratica o adultério (concubinato *adulterino* ou relacionamento extraconjugal), não a admitindo quando aquele se encontra separado de fato, de há muito, do cônjuge, vivendo *more uxorio* com a donatária, agora denominada *companheira*.

A doação não é nula mas *anulável*, pois não pode ser decretada de ofício pelo juiz. A lei limita as pessoas que podem alegá-la: o cônjuge inocente e os herdeiros necessários. Sujeito passivo da ação é o donatário, cúmplice do adultério, ou seus sucessores. A prioridade para o seu ajuizamento é do cônjuge enganado. Enquanto estiver vivo, é o único legitimado, pois o adultério é ofensa cometida contra ele. Se não quiser propô-la, para não tornar público o fato constrangedor, ninguém poderá fazê-lo. Pode preferir esgotar o prazo de dois anos, que se conta a partir da dissolução da sociedade conjugal, sem o referido ajuizamento. Depois, não é mais possível intentar a ação, nem ao cônjuge, nem aos herdeiros necessários. Estes só poderão fazê-lo se o cônjuge inocente falecer antes de vencido o aludido prazo. Embora a ação deva ser intentada dentro de dois anos a partir da dissolução da sociedade conjugal, nada obsta que o possa ser na constância do casamento. O referido prazo é decadencial, pois são prescricionais somente os mencionados nos arts. 205 e 206 do Código Civil, sendo decadenciais todos os demais, estabelecidos como complemento de cada artigo que rege a matéria. Em razão de sua natureza especial, tal ação não pode ser ajuizada pelo curador do cônjuge inocente interdito ou declarado ausente. Mas o prazo permanece suspenso até o levantamento da curatela, pois a decadência não corre contra os incapazes a que se refere o art. 3º (arts. 198, I, e 208).

49 DA REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO

A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo (CC, art. 555), bem como pelos modos comuns a todos os contratos.

49.1. CASOS COMUNS A TODOS OS CONTRATOS

Tendo natureza contratual, a doação pode contaminar-se de todos os vícios do negócio jurídico, como erro, dolo, coação etc., sendo desfeita por ação anulatória. Pode ser declarada nula, também, *como os demais contratos*, se o agente for absolutamente incapaz, o objeto ilícito, impossível ou indeterminável, ou não for observada a forma prescrita no art. 541 e parágrafo único (CC, art. 166, IV), bem como nas hipóteses de inoficiosidade (art. 549), de compreensão de todos os bens, de ser feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice ou entre cônjuges casados no regime da separação legal. Pode, ainda, ser rescindida, de comum acordo, ou resolver-se, revertendo os bens para o doador (CC, art. 547).

49.2. POR DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO

A expressão *revogação*, utilizada pelo legislador, é inadequada, porque ocorre, na verdade, anulação, rescisão ou resolução. E, diversamente do que sucede no caso do mandato, não se opera pela simples vontade do doador, mas somente se houver *ingratidão do donatário* ou *inexecução do encargo*, feita a prova em juízo pelo doador. Na última hipótese, é necessário que o donatário tenha incorrido em *mora* (art. 562). Se o doador fixa prazo para o cumprimento do encargo, a mora se dá, automaticamente, pelo seu vencimento. Não havendo termo, começa ela desde a interpelação judicial ou extrajudicial (art. 397 e parágrafo único), devendo ser fixado prazo razoável para a sua execução. Só depois de esgotado este, ou o fixado pelo doador, começa a fluir o lapso prescricional para a propositura da ação revocatória da doação.

A *força maior* afasta a mora, porque exclui a culpa, que lhe é elementar. A revogação será de toda a doação, visto que a lei não distingue entre a parte que é liberalidade e a que é negócio oneroso. Apenas define como liberalidade a que exceder aquilo que corresponde ao encargo (art. 540). O fato de ser total a revogação pode influir no ânimo do donatário, para que o cumpra.

O encargo pode ser imposto em benefício do doador, de terceiro ou do interesse geral (art. 553). Têm legítimo interesse para exigir o seu *cumprimento* o doador e o terceiro (em geral, alguma entidade),

bem como o Ministério Público; este, somente se o encargo foi imposto no interesse geral e o doador já faleceu sem tê-lo feito (parágrafo único). Estando vivo o último, nem o Ministério Público, nem o beneficiário poderão agir, mesmo a doação sendo feita no interesse geral. A *revogação* da doação, entretanto, só pode ser pleiteada pelo doador e em juízo, sendo personalíssima a ação. Se vários forem os donatários, e *indivisível* o encargo, o inadimplemento será considerado total, e assim também a revogação, mesmo que somente um deles não o tenha cumprido. Se o ônus é *divisível*, não é justo que a revogação alcance a todos, devendo ser excluídos os que o cumpriram, bem como aqueles a quem o doador quisesse perdoar a falta.

49.3. POR INGRATIDÃO DO DONATÁRIO

O art. 557 do Código Civil admite a revogação da doação também por *ingratidão do donatário*, mas somente se for pura e simples, como se infere, por exclusão, da leitura do art. 564. O rol das causas, supervenientes à liberalidade, que autorizam tal espécie de revogação encontra-se nos arts. 557 e 558 e é taxativo (*numerus clausus*). Assim, dispondo o inciso I que uma das hipóteses é “se o donatário atentou contra a vida do doador”, não ensejará a revogação o atentado praticado pelo filho ou cônjuge do donatário, por não previsto. O direito de revogar a doação por ingratidão do donatário é de ordem pública e, portanto, irrenunciável *antecipadamente*, como o proclama o art. 556, sendo nula cláusula pela qual o doador se obrigue a não o exercer. Nada impede, porém, que este deixe escoar o prazo decadencial sem ajuizar a revocatória.

Os direitos adquiridos por terceiros não são prejudicados pela revogação (art. 563). Como o domínio resolve-se por causa superveniente, subsistem os direitos por eles adquiridos (CC, art. 1.360). O donatário é tratado como possuidor de boa-fé, antes da citação válida, sendo dele, por esse motivo, os frutos percebidos. Mas, após esse momento, presume-se a sua má-fé, ficando sujeito a pagar os posteriores, respondendo ainda pelos que, culposamente, deixou de perceber. Se não puder restituir em espécie as coisas doadas, transferidas a terceiro, indenizará o doador, pagando-lhe o valor médio. Este não é, como pode à primeira vista parecer, a média entre o valor ao tempo da doação

e o valor ao tempo da restituição, mas sim “a média entre o maior valor a que a coisa atingiu e o menor valor a que ela desceu, durante esse prazo, o que é diferente” (Agostinho Alvim, *Da doação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 304, n. 16).

Atentado contra a vida do doador ou cometimento de crime de *homicídio doloso* é a primeira causa de revogação da doação por ingratidão do donatário (art. 557, I). Abrange a tentativa e o homicídio consumados, praticados *dolosamente*. O homicídio culposo fica excluído, como também não será possível a revogação se a absolvição criminal se der por ausência de imputabilidade, ou por uma das excludentes previstas no art. 65 do Código de Processo Penal (legítima defesa, estado de necessidade etc.). Não se exige prévia condenação criminal. Mas, se existir, fará coisa julgada no cível, porque não se poderá mais questionar sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor (CC, art. 935).

Também constituem causa para a revogação *ofensas físicas* cometidas pelo donatário contra o doador (inc. II). É necessário que a agressão tenha se consumado e havido dolo. Como na hipótese anterior, não se exige prévia condenação pelo crime de lesões corporais. A ausência de imputabilidade e as excludentes já citadas impedem a revogação. *Injúria grave* e *calúnia* figuram em terceiro lugar, no rol das causas de revogação da doação (inc. III). As figuras típicas estão previstas nos arts. 138 e 140 do Código Penal, como crimes contra a honra, e na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67). A difamação, não tendo sido incluída no rol taxativo do art. 557, não pode ser alegada. Faz-se mister a intenção de ofender. Em caso de calúnia, deve-se admitir a exceção da verdade. O art. 558 possibilita a revogação também quando o ofendido for o “cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador”. O Código Civil de 1916 restringia essa possibilidade unicamente aos casos de ofensas ao doador.

Pode, por último, ser revogada a doação se o donatário, “podendo ministrá-los, *recusou ao doador* os alimentos de que este necessitava” (inc. IV). Não se exige que o doador seja parente do donatário, para lhe pedir alimentos, mas é necessário que não possa prover à própria manutenção (CC, art. 1.695) e não tenha parentes obrigados à prestação de alimentos (arts. 1.696 e 1.697). A indicação desses parentes pode ser feita pelo donatário, em defesa, para elidir a revogação. Este, tam-

bém, deve ter condições de prestar auxílio. A ação que cabe ao doador não é a de alimentos, que podem ser pleiteados pessoalmente por qualquer meio (verbalmente, por escrito), mas a revocatória, comprovada a recusa injustificada.

A revogação, por qualquer desses motivos, deve ser postulada “dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor” (art. 559). Trata-se de ação *personalíssima*, pois o direito de pleitear a revogação “não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide” (art. 560). A *iniciativa da ação* pertence exclusivamente ao *doador* injuriado, e só pode ser dirigida contra o ingrato donatário. Mas, se o primeiro falecer depois de tê-la ajuizado, podem os herdeiros nela prosseguir, assim como pode ser continuada contra os herdeiros do donatário, se este veio a falecer depois do ajuizamento. Se morrer antes, a lide não poderá ser instaurada, pois só o donatário tem elementos para justificar a sua atitude. Contra seus herdeiros a ação só pode ser *continuada*.

Malgrado o caráter *personalíssimo*, a ação de revogação poderá ser intentada pelos herdeiros no caso de homicídio doloso do doador, exceto se ele houver perdoado o ingrato donatário (CC, art. 561). Não seria justo, efetivamente, que a revogação pudesse ser pleiteada em caso de simples ofensas físicas ou injúria grave, e não quando ocorresse fato mais grave, que é o assassinato do doador. O citado art. 561 veio suprir omissão existente no diploma de 1916 sobre essa questão, ao determinar a aplicação do critério adotado em países como a França, a Espanha, a Itália etc., cujos códigos permitem aos herdeiros propor a revogação da doação em caso de morte do doador, provocada pelo donatário, salvo se aquele, não tendo morrido instantaneamente, teve oportunidade de promovê-la e não o fez, perdoadando tacitamente o ingrato. Só se admite a revogação por ingratidão do donatário, por exclusão, nas *doações puras*. Com efeito, proclama o art. 564 do Código Civil que “não se revogam por ingratidão: I — as doações puramente remuneratórias; II — as oneradas com encargo já cumprido; III — as que se fizerem em cumprimento de obrigação natural; IV — as feitas para determinado casamento”.

QUADRO SINÓTICO – DA DOAÇÃO

1. Conceito	É o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra (art. 538).
2. Traços característicos	a) Natureza <i>contratual</i>. É contrato, em regra, gratuito, unilateral, consensual e solene. b) <i>Animus donandi</i>: intenção de fazer uma liberalidade. c) <i>Transferência de bens</i> para o patrimônio do donatário. d) <i>Aceitação</i> deste. É indispensável e pode ser expressa, tácita ou presumida.
3. Promessa de doação	Tem-se entendido ser inexigível o cumprimento de promessa de <i>doação pura</i> , porque esta representa uma liberalidade plena. Não cumprida, haveria uma execução coativa ou poderia o promitente doador ser responsabilizado por perdas e danos — o que se mostra incompatível com a gratuidade do ato. Tal óbice não existe na <i>doação onerosa</i> , porque o encargo imposto ao donatário estabelece um dever exigível do doador.
4. Espécies de doação	a) <i>Pura e simples</i> (ou <i>típica</i>). É aquela em que o doador não impõe nenhuma restrição ou encargo ao beneficiário, nem subordina a sua eficácia a qualquer condição. b) <i>Onerosa</i> (<i>modal, com encargo</i> ou <i>gravada</i>). Aquela em que o doador impõe ao donatário uma incumbência ou dever. O encargo pode ser imposto em benefício do doador, de terceiro ou do interesse geral (art. 553). c) <i>Remuneratória</i>. É a feita em retribuição a serviços prestados, cujo pagamento não pode ser exigido pelo donatário. É o caso, p. ex., do cliente que paga serviços prestados por seu médico, mas quando a ação de cobrança já estava prescrita. d) <i>Mista</i>. Decorre da inserção da liberalidade em alguma modalidade diversa de contrato (p. ex., venda a preço vil, que é venda na aparência e doação na realidade). e) Em <i>contemplação do merecimento</i> do donatário (<i>contemplativa</i>). Quando o doador menciona o motivo da liberalidade (determinada virtude, amizade etc.). f) <i>Feita ao nascituro</i>. Tal espécie, segundo o art. 542 do CC, “valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

4. Espécies de doação

g) Em forma de *subvenção periódica*. Trata-se de uma pensão, como favor pessoal ao donatário, cujo pagamento termina com a morte do doador, não se transmitindo a obrigação a seus herdeiros, salvo se o contrário houver, ele próprio, estipulado. Nesse caso, não poderá ultrapassar a vida do donatário (art. 545).

h) Em *contemplação de casamento futuro (propter nuptias)*. É o presente de casamento, dado em consideração às núpcias próximas do donatário com certa e determinada pessoa. Só ficará sem efeito se o casamento não se realizar (art. 546).

i) *Entre cônjuges*. A doação de um cônjuge a outro importa adiantamento do que lhe cabe na herança (art. 544). A regra aplica-se às hipóteses em que o cônjuge participa da sucessão do outro na qualidade de herdeiro (art. 1.829).

j) *Conjuntiva* (em comum a mais de uma pessoa). Entende-se distribuída entre os beneficiados, por igual, salvo se o doador dispuser em contrário (art. 551).

k) *De ascendentes a descendentes*. Importa adiantamento do que lhes cabe por herança (art. 544). Estes são obrigados a conferir, por meio de colação, os bens recebidos (art. 2.004).

l) *Inoficiosa*. É a que excede o limite de que o doador, *no momento da liberalidade*, poderia dispor em testamento. O art. 549 declara nula somente a parte que exceder tal limite.

m) Com *cláusula de retorno* ou *reversão*. Permite o art. 547 que o doador estipule o retorno, ao seu patrimônio, dos bens doados, se sobreviver ao donatário, em vez de passarem aos herdeiros.

n) *Manual*. É a doação verbal de bens móveis de pequeno valor. Será válida se lhe seguir, incontinenti, a tradição (art. 541, parágrafo único).

o) *Feita a entidade futura*. Permite o art. 554 doação a entidade futura, dizendo, porém, que caducará se, em dois anos, esta não estiver constituída regularmente.

5. Restrições legais

A lei proíbe:

a) Doação *pelo devedor já insolvente*, ou por ela reduzida à insolvência, por configurar fraude contra credores (art. 158).

5. Restrições legais	b) Doação da <i>parte inoficiosa</i>. O art. 549 proclama a nulidade da parte que exceder a de que o doador poderia dispor em testamento. c) Doação de <i>todos os bens do doador</i>. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador (art. 548). d) Doação do <i>cônjuge adúltero a seu cúmplice</i>. Pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. A doação não é nula, mas anulável (art. 550).
6. Da revogação da doação	a) Casos <i>comuns a todos os contratos</i>. Tendo natureza contratual, a doação pode contaminar-se de todos os vícios do negócio jurídico, como erro, dolo, coação etc., sendo desfeita por ação anulatória. Pode ser declarada nula, também, como os demais contratos (arts. 104, 166, 541, parágrafo único), e ainda em razão da existência de vícios que lhe são peculiares (arts. 548, 549 e 550). b) Por <i>descumprimento do encargo</i> (art. 562). c) Por <i>ingratidão do donatário</i> (arts. 555 e 557).

CAPÍTULO V

DA LOCAÇÃO DE COISAS

50 CONCEITO E ELEMENTOS

Locação de coisas, segundo o art. 565 do Código Civil, é contrato pelo qual “uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”. É *bilateral* (envolve prestações recíprocas), *oneroso* (ambas as partes obtêm proveito), *consensual* (aperfeiçoa-se com o acordo de vontades), *comutativo* (não envolve risco), *não solene* (a forma é livre) e de *trato sucessivo* (prolonga-se no tempo). Verifica-se, assim, que três são os *elementos* fundamentais da locação de coisas: o objeto, o preço e o consentimento.

O *objeto* pode ser coisa móvel ou imóvel. O bem móvel deve ser infungível; se fungível, será contrato de mútuo. Admite-se, no entanto, a locação de coisa móvel fungível quando o seu uso tenha sido cedido *ad pompam vel ostentationem* (para ornamentação), como uma cesta de frutas com adornos raros, por exemplo. O *preço*, denominado aluguel ou remuneração, é essencial para a sua configuração, pois haverá comodato, e não locação, se o uso e gozo da coisa forem cedidos a título gratuito. Será fixado pelas partes ou mediante arbitramento, ou ainda por ato governamental (aluguel de táxi, p. ex.). Como também ocorre na compra e venda, deve ser sério (real), determinado ou ao menos determinável. Embora o pagamento deva ser feito, via de regra, em dinheiro, nada impede que se convencie outro modo, podendo ser misto (parte em dinheiro e parte em obras). A atual Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91) veda a vinculação do aluguel à variação cambial ou ao salário mínimo, não admitindo a exigência de pagamento antecipado, salvo algumas exceções apontadas (art. 20). A falta de pagamento do aluguel enseja ao locador o direito de cobrá-lo sob a forma de execução (CPC, art. 585, V) ou de pleitear a resolução do contrato. O *consentimento* pode ser expresso ou tácito. É capaz de locar quem tem poderes de administração. Não se exige, necessariamente, que seja proprietário, como ocorre com o inventariante em relação

aos bens do espólio, com o usufrutuário, com os pais e outros representantes legais no tocante aos bens dos representados etc.

51 OBRIGAÇÕES DO LOCADOR

As obrigações do locador, especificadas no art. 566 do Código Civil, consistem em: **a) Entregar ao locatário a coisa alugada** (inc. I). A entrega deve ser feita com os acessórios, inclusive servidões ativas, salvo os expressamente excluídos, em estado de *servir ao uso a que se destina*. Se a entrega for feita sem qualquer reclamação, presume-se que a coisa foi recebida em ordem pelo locatário. Mas a presunção não é absoluta, admitindo prova em contrário. **b) Manter a coisa no mesmo estado** (inc. I, 2ª parte). Compete ao locador realizar os reparos necessários para que a coisa seja mantida em condições de uso, salvo convenção em contrário. Mas correm por conta do locatário as reparações de pequenos estragos, que não provenham do tempo ou do uso, nas locações de imóveis. Se o bem deteriorar-se no curso da locação, sem culpa do locatário, este poderá pedir redução proporcional do aluguel ou rescindir o contrato, caso já não mais sirva para o fim colimado (art. 567). **c) Garantir o uso pacífico da coisa** (inc. II). Deve o locador abster-se da prática de qualquer ato que possa perturbar o uso e gozo da coisa, como também garantir o locatário contra perturbações de terceiros (art. 568). Responde, ainda, pelos vícios e defeitos ocultos da coisa locada, anteriores à locação (art. 568).

52 OBRIGAÇÕES DO LOCATÁRIO

Resumem-se a: **a)** servir-se da coisa alugada para os usos convencionados e tratá-la como se sua fosse (art. 569, I); **b)** pagar o aluguel nos prazos ajustados (inc. II); **c)** levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, fundadas em direito (inc. III); e **d)** restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvo as deteriorações naturais (inc. IV). Se empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina (prédio residencial usado como comercial, p. ex.), ou danificá-la abusivamente, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos (art. 570). À falta de convenção em contrário, a dívida é *quérable* e deve ser paga, pontualmente, no domicílio do devedor (art. 327). Pode ser estipulado que o locatário, além de pagar o aluguel, responda também por *impostos* e

taxas que incidam sobre o imóvel locado. Como garantia do recebimento dos aluguéis, tem o locador ou senhorio *penhor legal* sobre os bens móveis que o inquilino tiver guarneendo o prédio (CC, art. 1.467, II). É obrigatório o fornecimento de *recibo de quitação*, com especificação das parcelas do aluguel e demais encargos (Lei n. 8.245/91, art. 22, VI).

53 DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES

Segundo se infere do art. 571, é permitido ao locador *reaver* a coisa locada antes do vencimento do prazo, desde que seja ressarcido o locatário das perdas e danos resultantes. Admite-se, também, que a coisa seja *devolvida* ao locador, desde que o locatário pague, proporcionalmente, a multa prevista no contrato. Tal norma é supletiva, podendo ser alterada pela vontade das partes, e *não se aplica à locação de prédios urbanos*, que tem regulamentação própria. Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis (art. 572). A locação por *tempo determinado* cessa de pleno direito findo o prazo estipulado (art. 573, *mora ex re*). Se o locatário continuar na posse do bem, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada, sem prazo, pelo mesmo aluguel (art. 574). A locação *sem prazo determinado* exige prévia notificação do locatário. Se este, notificado, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito (art. 575). Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade (parágrafo único). Tais regras *não se aplicam à locação de prédios urbanos*. Salvo convenção em contrário, o locatário pode reter a coisa alugada, no caso de *benfeitoria necessária*, mesmo feita sem prévia licença do proprietário. Quanto às *úteis*, só pelas realizadas com expresse consentimento do locador (CC, art. 578; LI, art. 35).

54 LOCAÇÃO DE PRÉDIOS

O Código Civil de 2002 não dispõe a respeito da locação de prédios. A locação urbana rege-se, hoje, pela Lei n. 8.245/91 (LI, com alterações determinadas pela Lei n. 12.112/2009), cujo art. 1º, parágrafo único, proclama continuarem regidas pelo Código Civil as locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados, dos Muni-

cípios; de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; de espaços destinados à publicidade; de apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados; e o arrendamento mercantil. As normas do Código Civil estudadas nos itens anteriores deste capítulo têm, pois, aplicação restrita aos referidos imóveis.

O contrato de locação predial pode ser estipulado por qualquer prazo, embora não deva ser perpétuo (por definição, é temporário). Se superior a dez anos, depende de vênua conjugal; ausente esta, o cônjuge não estará obrigado a observar o prazo excedente (LI, art. 3^o). Durante o prazo convencionado, “não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, segundo a proporção prevista no art. 924 do Código Civil (*de 1916*) e, na sua falta, a que for judicialmente estipulada” (LI, art. 4^o). Haverá dispensa da multa se a devolução decorrer de transferência para a prestação de serviços em outra localidade. O locatário poderá denunciar a locação por prazo indeterminado mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta dias (art. 6^o).

Em se tratando de *locação urbana*, a Lei n. 8.245/91 declara, no art. 13, que tanto a sublocação como o empréstimo e a cessão dependem do consentimento prévio e escrito do locador. O sublocatário responde, subsidiariamente, ao senhorio pela importância que dever ao sublocador, quando este for demandado, e ainda pelos aluguéis que se vencerem durante a lide (LI, art. 16). Rescindida, ou finda a locação, resolvem-se as sublocações, salvo o direito de indenização que possa competir ao sublocatário contra o sublocador. Ao sublocatário fica assegurado o direito de retenção pelas benfeitorias necessárias, porque é possuidor de boa-fé. Quanto às úteis, só se houverem sido autorizadas pelo locador (LI, art. 15).

Durante a locação, o *senhorio* não pode mudar a destinação do prédio alugado. Malgrado tenha a obrigação de não perturbar o gozo do imóvel entregue ao locatário, se o prédio necessitar de reparos urgentes o locador terá de fazê-los, sendo o locatário obrigado a consenti-los. Se durarem mais de dez dias (art. 26, parágrafo único, da LI), poderá pedir abatimento proporcional no aluguel. Se durarem mais de um mês, e tolherem o uso regular do prédio, poderá rescindir o contrato.

55 LOCAÇÃO DE PRÉDIO URBANO

Rege-se pela Lei n. 8.245/91, que especifica as hipóteses de *re-tomada*, com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.112, de 9-12-

2009. Malgrado não possa o locador reaver o imóvel locado, na vigência do prazo de duração do contrato, admite-se, contudo, a retomada ao final deste, nas locações ajustadas por escrito e por *prazo igual ou superior a trinta meses*. A resolução opera-se com o fim do prazo, independentemente de notificação ou aviso (art. 46). Dá-se, na hipótese, a resolução do contrato sem motivação (*denúncia vazia*). Mas se o locatário continuar na posse do imóvel por mais de trinta dias, sem oposição do locador, presumir-se-á *prorrogada* a locação por *prazo indeterminado*, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato (§ 1º). Ocorrendo a prorrogação, o locador só poderá denunciar o contrato se conceder prazo de trinta dias para desocupação (§ 2º). Assim, findo o contrato por prazo determinado, o locador tem o prazo de trinta dias para ingressar com ação de despejo. Decorrido esse prazo, fica obrigado a promover a notificação do locatário. Entretanto, a locação ajustada por *prazo inferior a trinta meses* prorroga-se automaticamente e sem termo, admitindo-se a *retomada* somente nas hipóteses do art. 47, I a V (“denúncia cheia” ou motivada).

A *morte do locador* acarreta a transferência do contrato aos herdeiros (art. 10); a do *locatário*, a sub-rogação nos seus direitos, podendo continuar a locação: **a)** nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do falecido, desde que residentes no imóvel; **b)** nas locações com finalidade não residencial, o espólio e, se for o caso, seu sucessor no negócio (art. 11, I e II). Em casos de *separação de fato*, *separação judicial*, *divórcio* ou *dissolução da união estável*, a locação prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel. Nessas hipóteses e na prevista no art. 11 (morte do locatário) da Lei do Inquilinato, a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador e ao fiador, se esta for a modalidade de garantia locatícia. O fiador poderá exonerar-se das suas responsabilidades no prazo de trinta dias contado do recebimento da comunicação oferecida pelo sub-rogado, ficando responsável pelos efeitos da fiança durante cento e vinte dias após a notificação ao locador (LI, art. 12 e §§ 1º e 2º, com a redação dada pela Lei n. 12.112, de 9-12-2009). Se o prédio for *alienado*, poderá o adquirente denunciar a locação, salvo se for por tempo determinado e o respectivo contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e constar do Registro de Imóveis (art. 8º). O inquilino tem *preferência* (preempção ou prelação legal) para a aquisição do imóvel, em caso de alienação (art. 27). Se for preterido no seu direito, poderá

reclamar do alienante as *perdas e danos* ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, *haver para si o imóvel locado*, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Imóveis, *desde que o contrato de locação esteja averbado* pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula (art. 33).

É livre a convenção do aluguel (art. 17), sendo lícito às partes fixar cláusula de reajuste (art. 18). Após três anos de vigência do contrato ou do ajuste anteriormente realizado, não havendo acordo, ao locador ou locatário caberá o ajuizamento de pedido de *revisão judicial*, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado (art. 19). As obrigações do locador e do locatário estão relacionadas nos arts. 22 e 23 da lei em epígrafe. O locatário poderá *votar* em assembleia geral que envolva *despesas ordinárias de condomínio*, se o condômino-locador a ela não comparecer (art. 83). Este só pode exigir daquele as seguintes *modalidades de garantia*: **a)** *caução*, que pode ser em bens móveis ou imóveis, em títulos e ações e em dinheiro, não podendo, neste último caso, exceder o equivalente a três meses de aluguel; **b)** *fiança*; e **c)** *seguro de fiança locatícia*. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma dessas modalidades num mesmo contrato de locação (arts. 37, parágrafo único, e 38). Constitui contravenção penal a exigência de *pagamento antecipado* do aluguel, salvo a hipótese de *locação para temporada*, ou se a locação não estiver garantida por qualquer das referidas espécies de garantia, caso em que poderá o locador exigir do locatário o pagamento antecipado, até o sexto dia útil ao mês vincendo (arts. 20, 42 e 43). Não precisa, pois, aguardar o decurso do mês.

Dispõe o art. 39 da Lei n. 8.245/91, com a redação dada pela Lei n. 12.112, de 9-12-2009, que, “salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei”. Por outro lado, a referida lei introduziu, no art. 40 da mencionada Lei do Inquilinato, o inciso X, assegurando ao fiador, depois de prorrogada a locação por prazo indeterminado, o direito de notificar ao locador sua intenção de desonerar-se da obrigação, ficando, nesse caso, obrigado ainda por cento e vinte dias após a notificação. Foi acrescentado, ainda, pela citada Lei n. 12.112/2009, parágrafo único ao art. 40 da Lei n. 8.245/91, para possibilitar ao locador notificar o locatário a apresentar “nova garantia locatícia no prazo de trinta dias”, nos casos especificados nos incisos do aludido dispositivo legal, “sob pena de desfazimento da locação”.

Nas ações de *despejo por falta de pagamento*, o pedido de rescisão da locação poderá ser cumulado com o de *cobrança dos aluguéis* e seus acessórios. Nessa hipótese, citar-se-á o locatário para responder ao pedido de rescisão e o locatário e os fiadores para responderem ao pedido de cobrança, devendo ser apresentado, com a inicial, cálculo discriminado do valor do débito. O locatário e o fiador poderão evitar a rescisão da locação efetuando, no prazo de quinze dias, contado da citação, o pagamento do débito atualizado, independentemente de cálculo e mediante depósito judicial, incluídos os aluguéis que se vencerem até a data do pagamento, multas, juros, custas e honorários de advogado (LI, art. 62, I e II, com a redação dada pela Lei n. 12.112, de 9-12-2009). Não mais se pede autorização para pagar, como previa a redação original do inciso II do citado art. 62 da Lei do Inquilinato, mas, sim, efetua-se o pagamento, no aludido prazo, do débito atualizado, mediante depósito judicial. Não se admitirá *emenda da mora* se o locatário já houver utilizado essa faculdade nos vinte e quatro meses imediatamente anteriores à propositura da ação (LI, art. 62, parágrafo único, com a redação dada pela Lei n. 12.112, de 9-12-2009). Julgada procedente a ação de despejo, o juiz determinará a expedição de *mandado de despejo*, que conterá o prazo de trinta dias para a desocupação voluntária (LI, art. 63, com a redação dada pela Lei n. 12.112/2009). Os prazos e as formalidades para a efetivação do despejo regular-se-ão pelos arts. 63 a 66, inclusive de *hospitais, estabelecimentos de ensino, asilos* etc., cujos prazos variam, conforme a hipótese, de seis meses a um ano. Será recebida somente no *efeito devolutivo* a apelação interposta contra sentença que decretar o despejo (art. 58,V).

A *ação renovatória* dos contratos de locação de imóveis destinados ao uso comercial ou industrial encontra-se regulada nos arts. 71 a 74 da Lei n. 8.245/91, podendo ser ajuizada desde que: **a)** o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; **b)** o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; **c)** o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos (art. 51).

Com a nova redação dada ao art. 74 da Lei do Inquilinato pela Lei n. 12.112, de 9-12-2009, julgada improcedente a demanda renovatória, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, que conterá o prazo de trinta dias para a desocupação voluntária, se houver pedido na contestação.

QUADRO SINÓTICO – DA LOCAÇÃO DE COISAS

1. Conceito	Locação de coisas é contrato pelo qual “uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição” (art. 565).
2. Caracteres	— é <i>bilateral</i> (envolve prestações recíprocas); — é <i>oneroso</i> (ambas as partes obtêm proveito); — é <i>consensual</i> (aperfeiçoa-se com o acordo de vontades); — é <i>comutativo</i> (não envolve risco); — não solene (a forma é livre); — é de trato sucessivo (prolonga-se no tempo).
3. Elementos essenciais	a) O <i>objeto</i>, que pode ser coisa móvel infungível (se fungível, será contrato de mútuo) ou imóvel. b) O <i>preço</i>, denominado aluguel ou remuneração. Se faltar, haverá comodato. É fixado pelas partes, ou mediante arbitramento, ou ainda por ato governamental (táxis, p. ex.). c) O <i>consentimento</i>, que pode ser expresso ou tácito.
4. Obrigações do locador	a) <i>Entregar ao locatário a coisa alugada</i>, em estado de servir ao uso a que se destina (art. 566, I). b) <i>Manter a coisa no mesmo estado</i> (art. 566, I, 2ª parte). c) <i>Garantir o uso pacífico da coisa</i> (arts. 566, II, e 568).
5. Obrigações do locatário	a) Servir-se da coisa alugada para os usos convencionados e tratá-la como se sua fosse (art. 569, I). b) Pagar o aluguel nos prazos ajustados (art. 569, II). c) Levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, fundadas em direito (art. 569, III). d) Restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais (art. 569, IV).
6. Locação de prédios	O Código Civil de 2002 não dispõe a respeito da locação de prédios. A locação urbana rege-se, hoje, pela Lei n. 8.245/91 (LI, com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.112/2009), cujo art. 1º, parágrafo único, proclama continuarem regidas pelo Código Civil as locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados, dos Municípios; de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; de espaços destinados à publicidade; de apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados; e o arrendamento mercantil. As normas do Código Civil têm, pois, aplicação restrita aos referidos imóveis.

CAPÍTULO VI DO EMPRÉSTIMO

SEÇÃO I DO COMODATO

56 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O Código Civil trata, no capítulo sob o título *Do Empréstimo*, de dois contratos: o *comodato* e o *mútuo*. Ambos têm por objeto a entrega de uma coisa, para ser usada e depois restituída. O primeiro é empréstimo para uso apenas, e o segundo, para consumo. O *comodato* é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto (CC, art. 579). Três, portanto, as suas características essenciais: gratuidade do contrato, infungibilidade do objeto e aperfeiçoamento com a tradição deste. A *gratuidade* decorre de sua própria natureza, pois confundir-se-ia com a locação, se fosse oneroso. Já se decidiu que não o desnatura o fato de o comodatário de um apartamento responsabilizar-se pelo pagamento das despesas condominiais e dos impostos (RT, 260:504). A *infungibilidade* do objeto implica a restituição da mesma coisa recebida em empréstimo. Se fungível ou consumível, haverá mútuo. Mas pode ser móvel ou imóvel. O comodato de bens fungíveis ou consumíveis só é admitido quando destinado a ornamentação, como o de uma cesta de frutas, por exemplo (*comodatum ad pompam vel ostentationem*). A necessidade da *tradição* para o seu aperfeiçoamento torna-o um contrato *real*. Desdobra-se a posse em direta e indireta, permanecendo esta com o comodante.

O comodato é, também, contrato unilateral, temporário e não solene. É *unilateral* porque, aperfeiçoando-se com a tradição, gera obrigações apenas para o comodatário. Só por exceção o comodante pode assumir obrigações posteriormente. O empréstimo é para uso *temporário*. O ajuste pode ser por prazo determinado ou indeterminado. Nes-

se caso, presume-se ser o necessário para o comodatário servir-se da coisa para o fim a que se destinava (CC, art. 581). Como a lei não exige forma especial para a sua validade, podendo ser utilizada até a verbal, é contrato *não solene*. Os tutores, curadores e, em geral, todos os administradores de bens alheios não poderão dar em comodato, sem autorização especial do juiz, os bens confiados à sua guarda (art. 580).

57 OBRIGAÇÕES DO COMODATÁRIO

Consistem, basicamente, em:

- a) *Conservar a coisa*. O art. 582 do Código Civil preceitua que o comodatário deve conservar a coisa *como se sua própria fora*, evitando desgastá-la. Não pode alugá-la, nem emprestá-la. Responde pelas despesas de conservação, não podendo recobrar do comodante as comuns, como a alimentação do animal emprestado, por exemplo (art. 584). As despesas extraordinárias devem ser comunicadas ao comodante, para que este as faça ou autorize o comodatário a fazê-las. Como possuidor de boa-fé, tem direito à indenização das benfeitorias e à retenção da coisa, nos termos do art. 1.219 do mesmo diploma, salvo convenção em contrário. Preceitua, ainda, o art. 583 que, em caso de perigo, preferindo o comodatário salvar os seus bens, abandonando o do comodante, responderá pelo *dano* ocorrido, ainda que se possa atribuir o evento a caso fortuito ou força maior.
- b) *Usar a coisa de forma adequada*. O comodatário não pode usá-la senão de acordo com o contrato, ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos (art. 582). O uso inadequado constitui, também, causa de resolução do contrato.
- c) *Restituir a coisa*. Deve esta ser restituída no prazo convencionado, ou, não sendo este determinado, findo o necessário ao uso concedido. Assim, se alguém empresta um trator para ser utilizado na colheita, presume-se que o prazo do comodato se estende até o final desta. O comodatário que se negar a restituir a coisa praticará esbulho e estará sujeito à ação de reintegração de posse, além de incidir em dupla sanção: responderá pelos riscos da *mora* e terá de pagar *aluguel* arbitrado pelo comodante durante o tempo do atraso (art. 582, 2ª parte). Em regra, o comodatário não responde pelos riscos da coisa. Mas, se

estiver em mora, responde por sua perda ou deterioração, ainda que decorrentes de caso fortuito (art. 399). A expressão *aluguel* vem sendo interpretada como *perdas e danos*, arbitradas pelo juiz, não transformando o contrato em locação. Somente por *exceção* pode o comodante exigir a restituição da coisa antes de findo o prazo convenicionado ou o necessário à sua utilização: em caso de *necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz* (art. 581).

58 EXTINÇÃO DO COMODATO

Extingue-se o comodato: **a)** pelo advento do termo convenicionado ou, não havendo estipulação nesse sentido, pela utilização da coisa de acordo com a finalidade para que foi emprestada; **b)** pela resolução, por iniciativa do comodante, em caso de descumprimento, pelo comodatário, de suas obrigações, especialmente por usá-la de forma diversa da convencionada ou determinada por sua natureza; **c)** por sentença, a pedido do comodante, provada a necessidade imprevista e urgente; **d)** pela morte do comodatário, se o contrato foi celebrado *intuitu personae*, pois nesse caso as vantagens dele decorrentes não se transmitem ao herdeiro (p. ex., quando morre o paraplégico a quem foi emprestada a cadeira de rodas). Se, no entanto, o empréstimo do trator ao vizinho, por exemplo, foi feito para uso na colheita, a sua morte prematura não obriga os herdeiros a efetuarem a devolução antes do término da aludida tarefa.

SEÇÃO II DO MÚTUO

59 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis, pelo qual o mutuário obriga-se a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade (CC, art. 586). Por ele, o mutuante *transfere o domínio* da coisa emprestada ao mutuário. Por conta deste, que se torna proprietário, correm todos os riscos dela desde a tradição (art. 587). É empréstimo para *consumo*, pois o mutuário não é

obrigado a devolver o mesmo bem, do qual se torna dono (pode consumi-lo, aliená-lo, abandoná-lo, p. ex.), mas sim coisa da mesma espécie. Se o mutuário puder restituir coisa de natureza diversa, ou soma em dinheiro, haverá respectivamente troca ou compra e venda, e não mútuo, salvo, no último caso, se o empréstimo for de dinheiro, que é bem fungível. Difere do *comodato* porque: **a)** é empréstimo de consumo, enquanto o primeiro é de uso; **b)** tem por objeto coisas fungíveis, e aquele, bens infungíveis; **c)** o mutuário desobriga-se restituindo coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade, mas o depositário só se exonera restituindo a própria coisa emprestada; **d)** acarreta a transferência do domínio — o que não ocorre no comodato; e **e)** permite a alienação da coisa emprestada, ao passo que o comodatário é proibido de transferir a coisa a terceiro.

É contrato *real*, porque aperfeiçoa-se com a entrega da coisa emprestada, não bastando o acordo de vontades ou promessa de emprestar. É tratado no Código como contrato *gratuito*, embora o empréstimo de dinheiro seja, em regra, oneroso, com estipulação de juros, sendo por isso denominado *mútuo feneratício*. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual (art. 591). A finalidade econômica define, portanto, a onerosidade do mútuo. Caracteriza-se, ainda, como contrato *unilateral*, porque entregue a coisa emprestada (instante em que se aperfeiçoa) nada mais cabe ao mutuante, recaindo as obrigações somente sobre o mutuário. Constitui contrato *não solene* (por não ser exigida nenhuma formalidade especial para a sua celebração) e *temporário*, pois será doação se não houver prazo determinado ou determinável e for, assim, perpétuo. A propósito, prescreve o art. 592 que, não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será: **a)** até à próxima colheita, se for de produtos agrícolas; **b)** de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro; e **c)** do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

Como o mútuo transfere o domínio, o mutuante deve ser proprietário daquilo que empresta e ter capacidade para dispor da coisa. O mutuário também há de ser habilitado a obrigar-se. O mútuo feito a *pessoa menor*, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores, conso-

ante dispõe o art. 588, cuja origem encontra-se nas leis romanas (*senatusconsulto macedoniano*), salvo: **a)** se o representante do menor ratificar o empréstimo; **b)** se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrai-lo para os seus alimentos habituais; **c)** se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho, caso em que a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças; **d)** se o empréstimo reverteu em benefício do menor; e **e)** se este obteve o empréstimo maliciosamente.

60 EMPRÉSTIMO EM DINHEIRO

O Código Civil adotou o princípio do *nominalismo* (art. 315), pelo qual se considera como valor da moeda o nominal, atribuído pelo Estado. O devedor de uma quantia em dinheiro libera-se entregando a quantidade de moeda mencionada no contrato ou título da dívida, e em curso no lugar do pagamento, ainda que desvalorizada pela inflação, ou seja, mesmo que tal quantidade não seja suficiente para a compra dos mesmos bens que podiam ser adquiridos quando contraída a obrigação. Para contornar os efeitos maléficos da desvalorização monetária, permitiu-se o pagamento em moeda estrangeira, mais forte que a nacional (CC/1916, art. 947, § 1º) e em ouro e prata. Dispunha, com efeito, o art. 1.258 do Código Civil de 1916 que no “mútuo em moedas de ouro e prata pode convencionar-se que o pagamento se efetue nas mesmas espécies e quantidades, qualquer que seja ulteriormente a oscilação dos seus valores”. Essa situação perdurou somente até 27 de novembro de 1933, quando passou a ser vedado pelo Decreto-Lei n. 23.501, substituído pelo Decreto-Lei n. 857, de 11 de setembro de 1969. Com o passar do tempo, buscaram os credores outros meios para fugir aos efeitos ruinosos da inflação, dentre eles a adoção da *cláusula de escala móvel*, pela qual o valor da prestação deve variar segundo os índices de custo de vida. Surgiram, assim, os diversos índices de correção monetária, que podiam ser aplicados sem limite temporal, até a edição da Medida Provisória n. 1.106, de 29 de agosto de 1995 (convertida na Lei n. 10.192/2001), que, pretendendo *desindexar* a economia, declarou “nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano” (art. 2º, § 1º).

Estatui o art. 317 do Código Civil: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da presta-

ção devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. Acrescenta o art. 318: “São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”.

A Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995, que dispõe sobre o Plano Real, recepcionou o aludido Decreto-Lei n. 857/69, que veda o pagamento em moeda estrangeira, mas estabelece algumas exceções, como a permissão de tal estipulação nos contratos referentes a importação e exportação de mercadorias e naqueles em que o credor ou devedor seja pessoa domiciliada no exterior. Mesmo antes da referida lei a jurisprudência permitia estipulações contratuais em moeda estrangeira, efetuando-se porém a conversão de seu valor para a moeda nacional, por ocasião do pagamento ou de sua cobrança.

QUADRO SINÓTICO – DO EMPRÉSTIMO

I — DO COMODATO

1. Conceito	É o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto (art. 579).
2. Características	a) <i>Gratuidade do contrato.</i> Decorre de sua própria natureza, pois confundir-se-ia com a locação, se fosse oneroso. b) <i>Infungibilidade do objeto.</i> Implica a restituição da mesma coisa recebida em empréstimo. Se fungível ou consumível, haverá mútuo. c) <i>Necessidade da tradição</i> para o seu aperfeiçoamento — o que o torna um contrato <i>real</i>. d) É contrato <i>unilateral, temporário</i> e <i>não solene</i>. É unilateral porque, aperfeiçoando-se com a tradição, gera obrigações apenas para o comodatário.
3. Obrigações do comodatário	a) <i>Conservar a coisa,</i> como se sua fora, evitando desgastá-la (art. 582). b) <i>Usar a coisa de forma adequada</i> (art. 582). c) <i>Restituir a coisa,</i> no prazo convencionado, ou, não sendo este determinado, findo o necessário ao uso concedido.

4. Extinção do comodato	a) Pelo <i>advento do termo convencionado</i> ou pela <i>utilização da coisa</i> de acordo com a finalidade para que foi emprestada. b) Pela <i>resolução</i>, em caso de descumprimento, pelo comodatário, de suas obrigações. c) Por <i>sentença</i>, a pedido do comodante, provada a necessidade imprevista e urgente. d) Pela <i>morte do comodatário</i>, se o contrato foi celebrado <i>intuitu personae</i>.
---------------------------------------	--

II — DO MÚTUO

1. Conceito	É o empréstimo de coisas fungíveis, pelo qual o mutuário obriga-se a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade (art. 586). O mutuante <i>transfere o domínio</i> da coisa emprestada ao mutuário. É empréstimo para <i>consumo</i>.
2. Como se distingue do comodato	a) É empréstimo de consumo, enquanto o comodato é de uso. b) Tem por objeto coisas fungíveis, e o comodato, bens infungíveis. c) O mutuário desobriga-se, restituindo coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade, mas o depositário só se exonera restituindo a própria coisa emprestada. d) Acarreta a transferência do domínio — o que não ocorre no comodato. e) Permite a alienação da coisa emprestada, ao passo que o comodatário é proibido de transferir a coisa a terceiro.
3. Caracteres	a) É contrato <i>real</i>: aperfeiçoa-se com a entrega da coisa emprestada. b) É tratado no Código como contrato <i>gratuito</i>, embora o empréstimo de dinheiro seja, em regra, <i>oneroso</i>, com estipulação de juros, sendo por isso denominado <i>mútuo feneratício</i>. c) É contrato <i>unilateral</i>, porque, entregue a coisa, quando se aperfeiçoa, as obrigações recaem somente sobre o mutuário. d) É contrato <i>não solene</i> (de forma livre). e) É contrato <i>temporário</i>, pois será doação se for perpétuo.

CAPÍTULO VII

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

61 CONCEITO

O presente capítulo denominava-se “locação de serviços” no Código Civil de 1916. Constitui locação ou prestação de serviços toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, contratado mediante retribuição (CC, art. 594). Hoje, porém, as regras do Código Civil têm caráter residual, aplicando-se somente às relações não regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Código do Consumidor, sem distinguir a espécie de atividade prestada pelo locador ou prestador de serviços, que pode ser profissional liberal ou trabalhador braçal (CC, art. 593). É contrato *bilateral*, *oneroso* e *consensual*. A remuneração é paga por aquele que contrata o prestador ou locador. Para evitar prestações de serviço por tempo demasiado longo, caracterizando verdadeira escravidão, é limitado a *quatro anos*, no máximo, o prazo de duração do contrato (CC, art. 598). Quando celebrado *sem prazo determinado*, pode ser objeto de *resilição unilateral*. Dispõe, com efeito, o art. 599 que, nesse caso, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato. O aviso deve ser dado com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais (inc. I); com antecipação de quatro dias, quando ajustado por semana, ou quinzena (inc. II); e de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias (inc. III).

62 RESOLUÇÃO

Se o prestador de serviços não foi contratado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições (CC, art. 601). Quando o contrato é celebrado por *tempo certo*, ou por *obra determinada*, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preen-

chido o tempo ou concluída a obra. Se o fizer, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á, se despedido por justa causa (art. 602 e parágrafo único). Se for despedido sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocava de então ao termo legal do contrato (art. 603).

Ocorre o término do contrato de prestação de serviço com a morte de qualquer das partes, bem como pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela resilição do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade de sua continuação, por força maior (art. 607).

QUADRO SINÓTICO – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

1. Conceito	Constitui locação ou prestação de serviço toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, contratado mediante retribuição (art. 594). As regras do CC têm caráter residual, aplicando-se somente às relações não regidas pela CLT e pelo CDC, sem distinguir a espécie de prestador de serviços, que pode ser profissional liberal ou trabalhador braçal (CC, art. 593).
2. Caracteres	É contrato: a) bilateral; b) oneroso; c) consensual.
3. Duração	É limitada a, no máximo, <i>quatro anos</i> , para evitar prestações de serviço por tempo demasiado longo, caracterizando verdadeira escravidão, sob pena de redução pelo juiz (art. 598). Quando celebrado <i>sem prazo determinado</i> , pode ser objeto de <i>resilição unilateral</i> (art. 599).
4. Extinção do contrato	Ocorre o término do contrato (art. 607): a) com a morte de qualquer das partes; b) pelo escoamento do prazo; c) pela conclusão da obra; d) pela resilição do contrato mediante aviso prévio; e) por inadimplemento de qualquer das partes; f) pela impossibilidade de sua continuação, por força maior.

CAPÍTULO VIII

DA EMPREITADA

63 CARACTERÍSTICAS

Empreitada (*locatio operis*) é contrato em que uma das partes (o *empreiteiro*) obriga-se a realizar determinada obra, pessoalmente ou por meio de terceiros, mediante remuneração a ser paga pela outra (o *dono da obra*), de acordo com as instruções desta e sem relação de subordinação. Constitui, também, uma locação de serviços (*locatio operarum*), mas de natureza especial, desta distinguindo-se pelos seguintes traços: **a)** o objeto do contrato de locação de serviços é apenas a atividade do prestador, sendo a remuneração proporcional ao tempo dedicado ao trabalho, enquanto na empreitada o objeto da prestação não é essa atividade, mas a obra em si, permanecendo inalterada a remuneração, qualquer que seja o tempo de trabalho despendido; **b)** na primeira, a execução do serviço é dirigida e fiscalizada por quem contratou o prestador, a quem este fica diretamente subordinado, ao passo que, na empreitada, a direção compete ao próprio empreiteiro; **c)** na locação, o patrão assume os riscos do negócio, mas na empreitada é o empreiteiro que assume os riscos do empreendimento, sem estar subordinado ao dono da obra. A empreitada é contrato *bilateral* (gera obrigações para ambas as partes), *consensual* (aperfeiçoa-se com o acordo de vontades, independentemente de tradição), *comutativo* (cada parte pode antever os ônus e vantagens dela advindos), *oneroso* (ambas as partes obtêm um proveito, ao qual corresponde um sacrifício) e *não solene* (de forma livre).

64 ESPÉCIES

O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho (empreitada de *mão de obra* ou de *lavor*), ou com ele e os materiais (empreitada *mista*), consoante dispõe o art. 610 do Código Ci-

vil. Diferentes são os seus efeitos, especialmente no tocante aos riscos. Em ambas, o critério adotado é o da perda da coisa pelo dono (*res perit domino*). Na primeira, se a coisa perece, antes da entrega e sem culpa do empreiteiro, quem sofre a perda é o dono da obra, por conta de quem correm os riscos (art. 612). E não havendo, também, mora do dono, o empreiteiro perde o salário (repartem-se, assim, os prejuízos, não havendo culpa de qualquer dos contratantes). Entretanto, o empreiteiro fará jus à remuneração, se provar que a perda resultou de defeito dos materiais, e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade (art. 613). Na empreitada também de materiais (*mista*), os riscos correm por conta do empreiteiro, até o momento da entrega (art. 611), salvo se o dono estiver em mora de receber a obra. Nesse último caso, os riscos dividem-se entre as duas partes.

Denomina-se *construção sob administração* o contrato em que o construtor se encarrega da execução de um projeto, mediante remuneração fixa ou percentual sobre o custo da obra, correndo por conta do proprietário os encargos econômicos do empreendimento, que é impulsionado à medida que este oferece os recursos necessários. Na *empreitada*, diferentemente, o construtor-empreiteiro assume os encargos técnicos da obra e também os riscos econômicos, e ainda custeia a construção por preço fixado de início, que não pode ser reajustado ainda que o material encareça e aumente o salário dos empregados. Apesar de o art. 619 só permitir *reajuste do preço* se convencionado *por escrito*, a jurisprudência o tem admitido, para evitar o enriquecimento ilícito do proprietário, se o trabalho foi executado a pedido verbal seu, ou com seu conhecimento e sem qualquer impugnação. O empreiteiro pode invocar direito de retenção para assegurar o recebimento do preço, se cumpriu todas as obrigações contratuais.

65 VERIFICAÇÃO E RECEBIMENTO DA OBRA

Pode ser convencionada a entrega da obra *por partes* ou só *depois de concluída*. Se o dono a recebe e paga o que lhe foi entregue, presume-se verificado e em ordem (art. 614 e § 1º). Mas poderá *enjeitá-la*, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza, ou recebê-la com *abatimento no preço* (art. 616). O empreiteiro responde, assim, pela *perfeição da obra*.

Utiliza-se o Código Civil, destarte, da teoria tradicional dos vícios redibitórios. O prazo de um ano para reclamar dos defeitos ocultos só abrange os que não afetem a *segurança e solidez* da obra, pois para estes há o prazo de *cinco anos* do art. 618. Este prazo é de *garantia*. Só se o defeito aparecer dentro dele é que poderá ser ajuizada ação de indenização, de caráter pessoal (*RT*, 612:73; STJ-Súmula 194). Decairá do direito de ajuizá-la o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito (art. 618, parágrafo único). Ressalte-se que o Código do Consumidor considera vícios redibitórios os defeitos ocultos e também os *aparentes*, diferindo apenas no que concerne ao marco inicial do prazo decadencial. Quanto aos danos causados aos *vizinhos*, hão de ser ressarcidos por quem os causa e por quem aufere os proventos da construção. A jurisprudência tem, hoje, acolhido a responsabilidade *solidária* do construtor e do proprietário, admitindo, porém, a redução da indenização quando a obra prejudicada concorreu efetivamente para o dano, por sua ancianidade (*RT*, 376:209, 406:162; *RJTJSP*, 48:61).

O contrato *extingue-se* pelo cumprimento e pode *resolver-se* se um dos contratantes não cumpre qualquer das obrigações assumidas. Mas o dono da obra pode rescindir o contrato por justa causa, sem indenizar, se concorrer força maior que impossibilite o cumprimento de suas obrigações, se o empreiteiro não observar o contrato ou se mostrar imperito. Fora dessas hipóteses, poderá haver a resolução mediante o pagamento de perdas e danos ao empreiteiro (arts. 623 e 624).

QUADRO SINÓTICO – DA EMPREITADA

1. Conceito	É contrato em que uma das partes (<i>o empreiteiro</i>) obriga-se a realizar determinada obra, pessoalmente ou por meio de terceiros, mediante remuneração a ser paga pela outra (<i>o dono da obra</i>), de acordo com as instruções desta e sem relação de subordinação.
2. Caracteres	É contrato: a) bilateral; b) consensual; c) comutativo;

2. Caracteres	d) oneroso; e) não solene.	
3. Espécies	Quanto à execução	a) empreitada de <i>lavor</i> (de <i>mão de obra</i>); b) empreitada <i>mista</i> (de <i>trabalho</i> e de <i>materiais</i>).
	Quanto ao modo de fixação do preço	a) empreitada a preço fixo absoluto ou relativo (art. 619); b) empreitada por medida (art. 614); c) empreitada de valor reajustável; d) empreitada por preço máximo; e) empreitada por preço de custo.
4. Verificação e recebimento da obra	— Pode ser convencionada a entrega da obra <i>por partes ou só depois de concluída</i>. — Se o dono a recebe e paga o que lhe foi entregue, presume-se verificado e em ordem (art. 614 e § 1º). Mas poderá <i>enfeitá-la</i> ou recebê-la com <i>abatimento no preço</i>, em caso de imperfeição (art. 616). — O empreiteiro responde pela <i>perfeição da obra</i>. — Utiliza-se o Código Civil da teoria dos vícios redibitórios. O prazo de um ano para reclamar dos defeitos ocultos só abrange os que não afetem a <i>segurança</i> e <i>solidez</i> da obra, pois para estes há o <i>prazo de garantia de cinco anos</i> do art. 618.	
5. Extinção	a) execução da obra; b) morte do empreiteiro, se o contrato foi celebrado <i>intuitu personae</i> (art. 626); c) rescisão unilateral; d) distrato; e) resolução por inexecução contratual; f) falência do empreiteiro; g) desapropriação; h) impossibilidade da prestação em razão de força maior ou caso fortuito.	

CAPÍTULO IX

DO DEPÓSITO

66 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame (CC, art. 627). A sua principal finalidade é a *guarda de coisa alheia*. Aperfeiçoa-se com a *entrega* desta ao depositário. É, portanto, *contrato real*: para existir, exige-se a tradição (não basta o acordo de vontades), que se presume caso o objeto já esteja em poder do depositário. Este deve ser de natureza *móvel*, entregue para *guarda*, e não para uso. Em outras avenças, como no comodato, no mandato e na locação, a obrigação de guardar a coisa igualmente existe, mas não como a finalidade primordial da avença. A obrigação de *restituir* é, também, da essência do contrato de depósito, acarretando a sua *temporariedade*, pois o depositário recebe o objeto móvel, para guardar, “até que o depositante o reclame” (art. 627).

É, ainda, peculiar ao depósito a *gratuidade*, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão (art. 628). Nessas hipóteses, se a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos usos do lugar, e, na falta destes, por arbitramento (parágrafo único). Quando assalariado, o depósito é contrato bilateral; sendo gratuito, é *unilateral*, pois aperfeiçoa-se com a entrega da coisa, após a qual restarão obrigações só para o depositário. Como podem surgir obrigações para o depositante, como a de pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa (art. 643), alguns o consideram *contrato bilateral imperfeito*, porém incorretamente, porque tal obrigação resulta de fatos posteriores.

Se o depositário realizar algum serviço na coisa depositada (a lavagem do veículo, p. ex.), o depósito não fica desnaturado. Da mesma forma se vier a usá-la, desde que tal uso não se constitua no fim

precípua do contrato. Se tal ocorrer, transformar-se-á em comodato ou em locação, conforme seja gratuito ou oneroso. No *comodato*, o comodatário recebe a coisa para seu *uso*, enquanto no *depósito* a recebe para *guardá-la*. Para usá-la necessita de expressa permissão do depositante (art. 640). Se a coisa é entregue não para ser guardada, mas para ser administrada, haverá contrato de *mandato*. Mas o depositário pode ser, simultaneamente, mandatário. É o que acontece com os bancos que se encarregam da custódia de ações, com a obrigação de recebê-las, também, as bonificações e dividendos. Tratando-se de coisa entregue para vender em exposição pública e confiada à pessoa que a recebe, o contrato é de depósito (*RF*, 114:433). Mas, se emprestada aos expositores, para exibição, será comodato.

67 ESPÉCIES

O depósito pode ser *voluntário* ou *necessário* (*obrigatório*). O último subdivide-se em *legal* e *miserável*. Pode ser, ainda, regular e irregular, simples e empresarial. O depósito *voluntário* resulta de acordo de vontades (arts. 627 a 646). *Necessário* é o que independe da vontade das partes. É *legal* quando se faz em desempenho de obrigação legal (art. 647, I), como o das bagagens dos hóspedes nos hotéis (art. 649). É *miserável* o que se efetua por ocasião de alguma calamidade pública (art. 647, II). As disposições relativas ao depósito voluntário aplicam-se subsidiariamente ao necessário, sendo omissa a respectiva lei. Há várias hipóteses de depósito legal (CC, arts. 345, 1.233, parágrafo único, 1.455 etc.). Ao depósito necessário é equiparado o da bagagem dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias (necessário *por assimilação*) onde estiverem (art. 649). O dispositivo aplica-se ao contrato de *hospedagem*, estendendo-se aos internatos, colégios, hospitais e outros locais que forneçam leito e não apenas comida e bebida.

Os hospedeiros respondem pelas bagagens como depositários. A responsabilidade decorre tanto de atos de terceiros como de empregados ou pessoas admitidas nas hospedarias. Cessa, porém, provado que os fatos prejudiciais aos hóspedes não podiam ser evitados (art. 650), como nas hipóteses de culpa destes, por deixarem aberta a porta do quarto, por exemplo, e de caso fortuito ou força maior, como nas ocorrências de roubo à mão armada ou violências semelhantes. Mas

permanece, se se tratar de furto simples, com emprego de chaves falsas, ou sem violência. A obrigação de ressarcir o prejuízo não pode ser excluída nem mediante *cláusula de não indenizar* pactuada com o hóspede, pois o hoteleiro é um prestador de serviços e o Código do Consumidor considera nula cláusula dessa espécie (art. 51, I e IV). A responsabilidade restringe-se às roupas e coisas de uso pessoal, que habitualmente são levadas em viagens, não abrangendo joias e bens de grande valor, que deverão ser objeto de depósito voluntário. Depósito *regular* ou ordinário é o que recai sobre coisa infungível. O *irregular* envolve bens fungíveis, como o dinheiro, obrigando-se o depositário a restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Cite-se, como exemplo, o depósito bancário, que se rege pelo disposto acerca do mútuo, acarretando a transferência do domínio (art. 645). O depósito pode ser, também, *simples* e *empresarial*. Será da última espécie somente o que for feito por causa econômica, em poder de empresário, ou por conta de empresário. Os demais serão simples.

68 OBRIGAÇÕES DO DEPOSITÁRIO

Consistem em: **a)** *Guardar e conservar* a coisa depositada com o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence (CC, art. 629). A guarda de coisa alheia é a principal finalidade do contrato de depósito. O depositário deve conservá-la como se fosse sua, podendo confiá-la, para maior segurança, a um banco ou a terceiro. Responde por culpa ou dolo se aquela perecer ou deteriorar-se, seja o depósito gratuito ou remunerado. Só se exonera provando força maior (art. 642). Se o depósito se entregou fechado, colado, selado ou lacrado, nesse mesmo estado se manterá (art. 630); e, se for devassado, incorrerá o depositário na presunção *juris tantum* de culpa. **b)** *Restituir* a coisa, com os seus frutos e acréscidos, quando o exija o depositante (art. 629).

Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija. Não estará obrigado a fazê-lo: **a)** se tiver direito de retenção pelo valor da retribuição, das despesas e dos prejuízos que do depósito provierem; **b)** se o objeto for judicialmente embargado; **c)** se sobre ele pender execução, notificada ao depositário; **d)** se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente

obtida (por furto ou roubo, p. ex.), caso em que, expondo o fundamento da suspeita, requererá que se recolha o objeto ao Depósito Público (arts. 633 e 634). Salvo essas hipóteses, não pode furtar-se à restituição alegando não pertencer a coisa ao depositante, ou opondo compensação, exceto se noutro depósito se fundar (art. 638). Se descobrir que a coisa lhe pertence, mesmo assim deve devolvê-la e depois reivindicá-la judicialmente, sob pena de estar fazendo justiça pelas próprias mãos. Assegura-se-lhe o direito de retenção até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas necessárias à conservação da coisa, ou dos prejuízos que do depósito provierem (art. 644), que o depositante é obrigado a lhe pagar (art. 643). Sendo dois ou mais depositantes, e divisível a coisa, a cada um só entregará o depositário a respectiva parte, salvo se houver entre eles solidariedade (art. 639).

69 PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

A Constituição Federal proíbe a prisão por dívida civil, mas ressalva a do devedor de pensão alimentícia e a do *depositário infiel* (art. 5º, LXVII). Por sua vez, o art. 652 do novo Código Civil, reproduzindo o art. 1.287 do diploma de 1916, sujeita o último a *prisão não excedente a um ano*, e a ressarcir os prejuízos. A sanção atuava como meio de *coerção* e não propriamente como pena, pois a lei não estabeleceu um prazo mínimo para sua duração, estando ela na própria vontade do depositário, que podia dela liberar-se desde o momento em que cumpria a obrigação de restituir. Resultando esta de contrato, a prisão só podia ser decretada em *ação de depósito* (CPC, art. 901). Mas a do *depositário judicial* podia ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo (Súmula 619 do STF). Todavia, no dia 3 dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, pôs fim à prisão civil do depositário infiel, tanto nas hipóteses de contratos, como os de depósito, de alienação fiduciária, de arrendamento mercantil ou *leasing*, v.g., como no caso do depositário judicial. Em consequência, a referida Corte revogou a mencionada Súmula 619. A tese majoritária atribuiu *status* supralegal, acima da legislação ordinária mas abaixo da Constituição, aos tratados sobre *Direitos Humanos*, dentre eles o Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe a prisão civil por dívida, excetuando apenas o devedor voluntário de pensão alimentícia.

QUADRO SINÓTICO – DO DEPÓSITO

1. Conceito	É o contrato pelo qual um dos contratantes (depositário) recebe um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame (art. 627). A sua principal finalidade é a <i>guarda de coisa alheia</i> .		
2. Caracteres	a) É contrato <i>real</i> (exige a tradição); b) <i>temporário</i> (art. 627); c) <i>gratuito</i>, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão (art. 628); d) <i>unilateral</i>; quando assalariado, é <i>bilateral</i>; e) gera obrigação de <i>restituir</i>; f) o objeto deve ser coisa <i>móvel corpórea</i>.		
3. Espécies	a) Voluntário	resulta de acordo de vontades (arts. 627 a 646)	
	b) Necessário	Conceito	É o que independe da vontade das partes, por resultar de fatos imprevistos e irremovíveis.
		Modalidades	Depósito legal Faz-se em desempenho de obrigação legal (art. 647, I).
			Depósito miserável É o que se efetua por ocasião de alguma calamidade pública (art. 647, II).
			Depósito dos hóspedes É o depósito da bagagem dos hóspedes, que a lei (art. 649) equipara ao depósito legal.
	c) Regular	É o que recai sobre coisa <i>infungível</i> , que deve ser restituída.	

3. Espécies	d) Irregular	Envolve bens <i>fungíveis</i> , como o dinheiro, obrigando-se o depositário a restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade (depósito bancário, p. ex., que se rege pelo disposto acerca do <i>mútuo</i> , segundo o art. 645 do CC).
	e) Empresarial	O que é feito por causa econômica, em poder de empresário, ou por conta de empresário. Os demais são <i>simples</i> .
	f) Judicial	É o que se verifica por ordem judicial, com o intuito de preservar a incolumidade de coisa litigiosa, até que se decida a causa (art. 635).
4. Obrigações do depositário	a) <i>Guardar</i> e <i>conservar</i> a coisa depositada com o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence (art. 629). b) <i>Restituir</i> a coisa, com os seus frutos e acrescidos, quando o exija o depositante (art. 629), ainda que o contrato fixe prazo para a restituição. Não estará obrigado a fazê-lo se tiver <i>direito de retenção</i> pelo valor das despesas e prejuízos advindos do depósito (art. 644), se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução notificada ao depositário, se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida — caso em que requererá que se recolha o objeto ao Depósito Público (arts. 633 e 634).	
5. Prisão do depositário infiel	A CF proíbe a prisão por dívida civil, mas ressalva a do devedor de pensão alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, LXVII). Por sua vez, o art. 652 do CC sujeita o último a prisão não excedente a um ano. Todavia, o STF pôs fim à prisão civil do depositário infiel, tanto nas hipóteses de contratos como nas de depósito e de alienação fiduciária, v. g., no caso do depositário judicial, revogando, em consequência, a Súmula 619.	

CAPÍTULO X

DO MANDATO

70 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses (CC, art. 653). A denominação deriva de *manu datum*, porque as partes se davam as mãos, simbolizando a aceitação do encargo. A sua principal característica, que ressalta da expressão “em seu nome”, é a ideia de *representação*, que o distingue da locação de serviços e da comissão mercantil. Por essa razão, os atos do *mandatário* vinculam o *mandante*, se dentro dos poderes outorgados (art. 679). Os praticados além dos poderes conferidos no mandato só o vinculam se forem por ele ratificados (art. 665). Os representantes podem ser *legais* (quando a lei lhes confere mandato para administrar bens e interesses alheios, como os pais, tutores, curadores etc.), *judiciais* (quando nomeados pelo juiz, como o inventariante e o administrador judicial da falência, p. ex.) e *convencionais* (quando recebem procuração para agir em nome do mandante). Determinados atos, como o testamento, a prestação de concurso público, o serviço militar e outros, por serem personalíssimos, não podem ser praticados por representante. Mandato não se confunde com *mandado*, que é uma ordem judicial.

O mandato é contrato consensual, personalíssimo, não solene, em regra gratuito e unilateral. É *contrato* porque resulta de um acordo de vontades: a do mandante, que outorga a procuração, e a do mandatário, que a aceita. A *aceitação* pode ser expressa ou tácita. Esta se configura pelo começo de execução (art. 659). É *consensual* porque se aperfeiçoa com o consenso das partes; *personalíssimo* ou *intuitu personae* porque se baseia na confiança, podendo ser revogado ou renunciado quando esta cessar e extinguindo-se pela morte de qualquer das partes; *não solene*, por ser admitido o mandato tácito e o verbal (art. 656);

em regra *gratuito*, porque o art. 658 diz presumir-se a gratuidade quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o objeto do mandato corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa (o mandato confiado a advogado, p. ex., presume-se oneroso); e, em regra, *unilateral*, porque gera obrigações somente para o mandatário, podendo classificar-se como *bilateral imperfeito* devido à possibilidade de acarretar para o mandante, posteriormente, a obrigação de reparar as perdas e danos sofridos pelo mandatário e de reembolsar as despesas por ele feitas. Toda vez que se convencionar a remuneração, o mandato passa a ser *bilateral* e *oneroso*.

71 PESSOAS QUE PODEM OUTORGAR E RECEBER MANDATO

Toda pessoa *capaz* é apta para outorgar mandato mediante *instrumento particular*, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante (CC, art. 654). Não podem fazê-lo, destarte, os absoluta e relativamente incapazes. Como os primeiros não assinam a procuração, que é outorgada pelo seu representante legal, pode ser dada por instrumento particular (*RJTJSP*, 56:132). Os menores púberes são assistidos pelos seus representantes legais e firmam a procuração junto com estes, devendo outorgá-la por instrumento público, se for *ad negotia*, por força do mencionado art. 654. Mas a procuração *judicial* não é regulada por esse dispositivo e sim pela lei processual (CC, art. 692; CPC, art. 38). Como esta não faz distinção entre parte capaz ou relativamente incapaz, o menor púbere pode outorgar procuração *ad judicia* por instrumento particular, assistido por seu representante legal, não sendo exigido o instrumento público (*STJ-RT*, 698:225). Em virtude da isonomia conjugal (CF, art. 226, § 5º), a *mulher casada* não sofre mais restrições para outorgar mandato. O conferido por um dos cônjuges ao outro, para a prática dos atos mencionados no art. 1.647, I, do Código Civil, deve observar a forma pública (CC, arts. 220 e 657).

O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser *mandatário*, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contrai-das por menores (art. 666). As relações entre o mandante e o terceiro não são afetadas. Os bens do incapaz, por outro lado, não são atingi-

dos. O risco é do mandante, ao admitir mandatário relativamente incapaz, não podendo arguir a incapacidade deste para anular o ato. O mandatário, por sua vez, não responderá por perdas e danos em razão de má execução do mandato.

72 REQUISITOS DA PROCURAÇÃO

Preceitua o art. 653, 2ª parte, do Código Civil que a procuração é o instrumento do mandato. Os seus requisitos encontram-se no § 1º do art. 654, dentre eles a qualificação do outorgante e do outorgado e a natureza e extensão dos poderes conferidos. Se o ato objetivado exigir instrumento público (compra e venda de imóvel de valor superior à taxa legal, p. ex.), a procuração outorgada para a sua prática deve observar, necessariamente, a forma pública, pois o art. 657 preceitua que “a outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado”.

O *substabelecimento* pode ser feito por instrumento particular, ainda que a procuração originária tenha sido outorgada por instrumento público (art. 655), com ou sem reserva de poderes. Na primeira hipótese, o substabelecimento pode continuar a usar os poderes substabelecidos; na segunda, ocorre verdadeira renúncia do mandato. O reconhecimento da firma no instrumento particular *ad negotia* poderá ser exigido pelo terceiro com quem o mandatário tratar (CC, art. 654, § 2º). Mas a procuração *ad judicia* não o exige (CPC, art. 38). Pode esta ser assinada digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica (parágrafo único, acrescentado pela Lei n. 11.419, de 19-12-2006). O analfabeto que não tenha firma não pode passar procuração *ad negotia* por instrumento particular. Denomina-se *apud acta* a procuração outorgada verbalmente, no momento da realização do ato (em geral, na audiência), perante o juiz e constante de termo lavrado pelo escrivão.

73 ESPÉCIES

O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito (art. 656). Pode ser, ainda, gratuito ou remunerado (v. n. 71, *retro*), *ad negotia* ou *ad judicia*, civil ou mercantil e geral ou especial. Quando outor-

gado a mais de uma pessoa, pode ser conjunto, solidário, sucessivo ou fracionário. O mandato *tácito* só é admissível nos casos em que a lei não exija mandato expresse. E o *verbal* só vale nos casos em que não se exija o escrito. Procuração *ad negotia* é a conferida para a prática e administração de negócios em geral; *ad judicia*, a outorgada para o foro, autorizando o procurador a propor ações e a praticar atos judiciais em geral. O mandato *mercantil* é restrito aos negócios mercantis entre empresários.

O mandato pode ser *especial* a um ou mais negócios determinadamente, ou *geral* a todos os do mandante (art. 660). O especial é restrito ao negócio especificado no mandato (como para a venda de determinado imóvel, p. ex.), não podendo ser estendido a outros. Tais modalidades não se confundem com os mandatos *em termos gerais* e com *poderes especiais*. No primeiro caso (dizendo que o mandatário pode praticar todos os atos necessários à defesa dos interesses do mandante, p. ex.), sofre uma restrição determinada pelo legislador: só confere poderes de administração (art. 661). Para atribuir os que ultrapassem a administração ordinária (alienar, hipotecar, transigir etc.), o mandato deve ser outorgado com *poderes especiais* e expressos (art. 661, § 1º). Embora o objeto do mandato seja de interpretação estrita, a outorga de alguns poderes implica a de outros, que lhe são conexos: o de receber envolve o de dar quitação; o de vender imóvel, o de assinar escritura, por exemplo.

Dispõe o art. 672 do Código Civil que, “sendo dois ou mais os mandatários nomeados no mesmo instrumento, qualquer deles poderá exercer os poderes outorgados, se não forem expressamente declarados conjuntos, nem especificadamente designados para atos diferentes, ou subordinados a atos sucessivos. Se os mandatários forem declarados conjuntos, não terá eficácia o ato praticado sem interferência de todos, salvo havendo ratificação, que retroagirá à data do ato”. A presunção é a de que o mandato outorgado a mais de uma pessoa é *simultâneo*, podendo qualquer delas atuar e substabelecer separadamente. Para que os mandatários sejam considerados conjuntos, especificamente designados para atos diferentes, ou sucessivos, é indispensável que assim conste do instrumento. A cláusula *in solidum* significa que os procuradores são declarados *solidários* e autoriza a atuação conjunta ou separadamente, consoante as regras da solidariedade passiva. O man-

dato é *fracionário* quando se concede a um mandatário poder distinto do que foi outorgado ao outro.

74 OBRIGAÇÕES DO MANDATÁRIO

Consistem em: **a)** *Agir em nome do mandante, dentro dos poderes conferidos na procuração.* Se excedê-los, ou proceder contra eles, reputar-se-á mero *gestor de negócios*, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos (art. 665). Mas este pode impugná-los, pois o excesso será anulável. A ratificação valida o ato, fazendo com que os seus efeitos retroajam à data em que foi praticado. **b)** *Aplicar toda a sua diligência habitual na execução do contrato e em indenizar* qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer. Havendo *poderes de substabelecer*, só serão imputados ao mandatário os danos causados pelo substabelecido, se tiver agido com culpa na escolha deste ou nas instruções dadas a ele (art. 667, § 2º). Se o procurador vier a substabelecer a procuração *sem ter sido autorizado a fazê-lo*, responderá pelos prejuízos que o mandante sofrer por culpa sua ou daquele a quem substabelecer (art. 667, *caput*). E, se havia *proibição do mandante*, responderá perante este pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, derivados de culpa deste e até mesmo pelos decorrentes do fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevivendo, ainda que não tivesse havido substabelecimento (art. 667, § 1º). Sendo omissa a procuração quanto ao substabelecimento, o procurador será responsável se o substabelecido proceder culposamente (art. 667, § 4º). **c)** *Prestar contas* de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja (art. 668). Só estará dispensado de prestá-las o procurador em causa própria (*v.* art. 685 e n. 77, *infra*). O mandatário não pode compensar os prejuízos a que deu causa com os proveitos que, por outro lado, tenha granjeado ao seu constituinte (art. 669). Pelas somas que devia entregar ao mandante, mas empregou em proveito seu, pagará o mandatário juros, desde o momento em que abusou (art. 670). **d)** *Apresentar o instrumento do mandato* às pessoas com quem tratar em nome do mandante. Se o terceiro exige a procuração e verifica que o mandatário não tem poderes para praticar o ato e, assim mesmo, negocia com ele, está assumindo um risco, pois não poderá agir contra o mandatário, que não obrou no

próprio nome, nem contra o mandante, cuja responsabilidade é definida pelos poderes que conferiu (art. 673). **e) Concluir o negócio já começado**, embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, se houver perigo na demora (art. 674). Embora tais fatos constituam causas de extinção do mandato, deve o mandatário concluir o negócio, se já estiver iniciado e houver perigo na demora para o mandante ou seus herdeiros.

75 OBRIGAÇÕES DO MANDANTE

São de duas naturezas. A primeira diz respeito ao dever de *satisfazer as obrigações assumidas pelo mandatário* dentro dos poderes conferidos no mandato (art. 675). Ainda que este desatenda alguma instrução, tem o mandante de cumprir o contrato, se não foram excedidos os limites do mandato, só lhe restando ação regressiva contra o procurador desobediente (art. 679). A segunda consiste em *reembolsar as despesas* efetuadas pelo mandatário (com os juros), em *pagar-lhe a remuneração* ajustada e em *indenizá-lo dos prejuízos* experimentados na execução do mandato (arts. 675 a 677). O mandatário tem sobre o objeto do mandato *direito de retenção*, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu (art. 681). A retenção não é permitida para cobrança de honorários e perdas e danos. Se forem vários os outorgantes, todos são solidariamente responsáveis pelas verbas a este devidas (art. 680).

76 EXTINÇÃO DO MANDATO

Cessa o mandato, segundo o art. 682 do Código Civil:

- a) Pela *revogação* e a *renúncia* — O mandato, por se basear na confiança, que pode deixar de existir, admite resilição unilateral. Se esta partir do mandante, há revogação; se do mandatário, há renúncia. A primeira pode ser *expressa*, quando o mandante faz declaração nesse sentido, ou *tácita*, quando resulta de atos do mandante que revelam tal propósito, como quando assume pessoalmente a direção do negócio ou nomeia novo procurador, sem ressalva da procuração anterior (art. 687). A revogação deve ser comunicada ao mandatário, para ter eficácia. Mas, para produzir efeitos em relação

aos terceiros de boa-fé, há de ser comunicada também a estes, diretamente ou por meio de editais, sob pena de serem válidos os contratos com estes ajustados pelo procurador em nome do constituinte (art. 686). A antiguidade da procuração, por si só, não constitui causa de extinção. O mandante não é obrigado a apresentar as razões que o levam a revogar o mandato, nem o mandatário a explicar o motivo da *renúncia*, que pode ser manifestada a qualquer tempo, seja o contrato gratuito ou remunerado. Deve, porém, ser comunicada ao mandante que, se for prejudicado, será indenizado pelo renunciante, salvo se este provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável, e que não lhe era dado subestabelecer (art. 688). Regra semelhante encontra-se no art. 45 do estatuto processual. É lícita a cláusula pela qual o mandatário assume a obrigação de não renunciar ao mandato.

- b) Pela *morte* ou *interdição* de uma das partes — Não se admite mandato para ter execução depois da morte do *mandante*, a não ser por meio de testamento. Para atenuar o rigor do princípio, dispõe o art. 689 que são válidos, a respeito dos contraentes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele ou a extinção do mandato, por qualquer outra causa. Também a *interdição* de qualquer deles, por modificar o estado de capacidade, extingue o mandato. Se falecer o *mandatário*, ou for interditado, seus herdeiros avisarão o mandante e providenciarão a bem dele, como as circunstâncias exigirem (art. 690). Sua atividade, porém, deve limitar-se às medidas conservatórias ou à continuação dos negócios pendentes que se não possam demorar sem perigo, regulando-se os seus serviços dentro desse limite, pelas mesmas normas a que os do mandatário estão sujeitos (art. 691).
- c) Pela *mudança de estado* — A extinção é automática, independente de notificação, mas só ocorre quando tal mudança *inabilite* o mandante para conferir os poderes e o mandatário para os exercer. Por exemplo: extingue-se o mandato conferido pelo pai, representando filho absolutamente incapaz, quando este se torne relativamente incapaz, devendo a outorga, agora, ser feita pelo filho, assistido por aquele. A maioria não extingue, porém, o mandato outorgado por relativamente incapaz, porque não o inabilita para a concessão.

- d) Pelo *término do prazo* ou pela *conclusão do negócio* — Quando a procuração é dada com data certa de vigência, cessa com o advento do termo. Se outorgada para um negócio determinado (levantamento de uma quantia, p. ex.), extingue-se com a sua realização.

77 IRREVOGABILIDADE DO MANDATO

O mandato é irrevogável quando: **a)** *Contiver cláusula de irrevogabilidade*. Nesse caso, se o mandante o revogar, pagará perdas e danos (CC, art. 683). **b)** A cláusula de irrevogabilidade for *condição de um negócio bilateral* ou tiver sido estipulada no *exclusivo interesse do mandatário*. Na hipótese, a revogação do mandato será ineficaz (art. 684). **c)** Conferido com a cláusula *“em causa própria”* (art. 685). **d)** Contenha poderes de *cumprimento ou confirmação* de negócios encetados, aos quais se ache vinculado (art. 686, parágrafo único).

A procuração *em causa própria* (mandato *in rem suam*) é outorgada no interesse exclusivo do mandatário e utilizada como forma de alienação de bens. Recebe este poderes para transferi-los para o seu nome ou para o de terceiro (finalidade mista), dispensando nova intervenção dos outorgantes e prestação de contas. Segundo dispõe o art. 685 do Código Civil, conferido o mandato com essa espécie de cláusula, “a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais”. Equivale à compra e venda, se contém os requisitos desta (*res, pretium et consensus*). Sendo pago o imposto de transmissão, pode ser levado a registro como se fosse o ato definitivo, desde que também satisfaça os requisitos exigidos para o contrato a que ela se destina: outorga por instrumento público, descrição do imóvel e a quitação do preço ou a forma de pagamento (STF-*Arquivo Judiciário*, 97:282). A “procuração em causa própria, pela sua própria natureza, dispensa o procurador de prestar contas, pois encerra uma cessão de direitos em proveito dele. É, por isto mesmo, irrevogável e presta-se à transmissão do domínio mediante transcrição no Registro Imobiliário, desde que reúna os requisitos fundamentais e sejam satisfeitas as formalidades exigidas para a compra e venda” (RT, 577:214).

78 MANDATO JUDICIAL

É o outorgado a pessoa legalmente habilitada, para a defesa de direitos e interesses em juízo. Constitui, ao mesmo tempo, mandato e locação ou prestação de serviços. Preceitua o art. 692 do Código Civil que “o mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código”.

São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB (Lei n. 8.906, de 4-7-1994, art. 4º), pois o ingresso das partes em juízo requer, além da capacidade legal, a outorga de mandato escrito a advogado habilitado (CPC, arts. 36 e 37), salvo algumas exceções. Pode ser conferido por instrumento público ou particular e valerá desde que assinado pelo outorgante. Pode ainda ser assinado digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica (CPC, art. 38, parágrafo único). O menor púbere também pode, assistido por seu representante, outorgá-lo por instrumento particular, segundo a exegese do mencionado art. 38 do estatuto processual, que ademais não exige reconhecimento de firma. Havendo urgência, pode o advogado atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável até outros quinze (EAOAB, art. 5º, § 1º). Não se anula o processo por ter sido o advogado constituído por via de substabelecimento de mandato conferido a *pessoa não habilitada* (RT, 303:500). A procuração geral para o foro o habilita a praticar todos os atos do processo, salvo os especiais, como receber citação inicial, transgir, receber e dar quitação etc. (CPC, art. 38). Se renunciar ao mandato continuará, durante os dez dias seguintes à notificação da renúncia, a representar o mandante, desde que necessário (CPC, art. 45).

QUADRO SINÓTICO – DO MANDATO

1. Conceito

Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses (art. 653).

2. Principal característica	É a ideia de <i>representação</i>, que o distingue da locação de serviços e da comissão mercantil. Por essa razão, os atos do mandatário vinculam o mandante, se dentro dos poderes outorgados (art. 679). Os praticados além deles só o vinculam se forem por ele ratificados (art. 665).
3. Espécies de representantes	a) <i>legais</i> (pais, tutores, curadores); b) <i>judiciais</i> (nomeados pelo juiz); c) <i>convencionais</i> (recebem procuração para agir em nome do mandante).
4. Natureza jurídica	a) É <i>contrato</i>, porque depende de <i>aceitação</i>, que pode ser <i>expressa</i> ou <i>tácita</i> (pelo começo de execução: art. 659). b) É <i>consensual</i> (aperfeiçoa-se com o consenso). c) É <i>personalíssimo</i> ou <i>intuitu personae</i> (baseia-se na <i>confiança</i>). d) É <i>não solene</i>, por ser admitido o mandato tácito e o verbal (art. 656). e) Em regra <i>gratuito</i> (art. 658), exceto se outorgado a quem exerce a profissão de mandatário, quando se presume oneroso. f) Em regra <i>unilateral</i>, porque gera obrigações somente para o mandatário, podendo classificar-se como bilateral <i>imperfeito</i> (pode gerar a obrigação de pagar perdas e danos sofridos pelo mandatário). Toda vez que se convencionou a remuneração, passa a ser contrato bilateral e oneroso.
5. Pessoas que podem dar e receber mandato	— Sendo um contrato, o mandato reclama o <i>consentimento</i> das partes, exigindo <i>capacidade</i> do mandante e do mandatário. — Toda pessoa <i>capaz</i> é apta para outorgar mandato mediante instrumento particular (art. 654). Os menores púberes, assistidos, firmam a procuração junto com os seus representantes, por instrumento público se for <i>ad negotia</i>. A <i>ad iudicia</i> pode ser outorgada por instrumento particular (CPC, art. 38). — O maior de 16 e menor de 18 anos não emancipado pode ser <i>mandatário</i>, mas o mandante não tem ação contra ele, senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores (art. 666).

6. Requisitos da procuração	— Encontram-se no § 1º do art. 654, dentre eles a <i>qualificação</i> do outorgante e do outorgado e a <i>natureza</i> e <i>extensão</i> dos poderes conferidos. — A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado (art. 657). Assim, a procuração outorgada para a venda de imóvel deve observar a forma pública. — O <i>substabelecimento</i> pode ser feito por instrumento particular, ainda que a procuração tenha sido outorgada por instrumento público (art. 655).
7. Espécies	a) expresso ou tácito, verbal ou escrito (art. 656); b) gratuito ou remunerado; c) <i>ad negotia</i> (extrajudicial) e <i>ad judicia</i>; d) civil e mercantil; e) em termos gerais e com poderes especiais; f) conjunto, solidário, sucessivo ou fracionário; g) especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos os do mandante (art. 660).
8. Obrigações do mandatário	a) Agir em nome do mandante, dentro dos poderes conferidos na procuração (art. 665). b) Aplicar toda a sua diligência habitual na execução do contrato e indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua. c) Prestar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato (art. 668). d) Apresentar o instrumento do mandato às pessoas com quem tratar em nome do mandante. e) Concluir o negócio já começado, embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, se houver perigo na demora (art. 674).
9. Obrigações do mandante	a) Satisfazer as obrigações assumidas pelo mandatário dentro dos poderes conferidos no mandato (art. 675). b) Reembolsar as despesas efetuadas pelo mandatário. c) Pagar-lhe a remuneração ajustada. d) Indenizá-lo dos prejuízos experimentados na execução do mandato (arts. 675 a 677).
10. Extinção do mandato	a) pela <i>revogação</i> e a <i>renúncia</i>; b) pela <i>morte</i> ou <i>interdição</i> de uma das partes;

10. Extinção do mandato	c) pela <i>mudança de estado</i>; d) pelo <i>término do prazo</i> ou pela <i>conclusão do negócio</i>.
11. Irrevogabilidade do mandato	a) Quando contiver cláusula de irrevogabilidade. b) Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário. c) Quando conferido com a cláusula “em causa própria”. d) Quando contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado (arts. 683 a 686).

CAPÍTULO XI

DA COMISSÃO

79 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Pelo contrato de comissão um dos contraentes, denominado comissário, obriga-se a realizar negócios em favor do outro, intitulado comitente, segundo instruções deste, porém em nome daquele. O comissário obriga-se, portanto, perante terceiros em seu próprio nome, figurando no contrato como parte. Neste, em geral, não consta o nome do comitente, porque o comissário age em nome próprio. Nada impede, contudo, que venha a constar, por conveniência de melhor divulgação do produto e incrementação dos negócios.

O Código Comercial disciplinava o contrato de comissão mercantil nos arts. 165 a 190. Como esse contrato pode ter conteúdo civil, o atual Código, que revogou os citados dispositivos do Código Comercial (cf. art. 2.045), dedicou-lhe um capítulo (arts. 693 a 709) restrito à compra e venda de bens (art. 693). Tem, hoje, aplicação praticamente limitada à atividade de exportação, ligada a empresas multinacionais. A hipótese em que o mandatário age em seu próprio nome aproxima-se da comissão. Todavia, como regra geral, o mandatário age em nome do mandante, representando-o, o que não ocorre no contrato de comissão. Neste, há outorga de poderes sem representação.

O contrato de comissão é *bilateral* (gera obrigações para o comitente e o comissário), *consensual* (aperfeiçoa-se com o acordo de vontades, independentemente da entrega do objeto), *oneroso* (pois ambos os contratantes obtêm proveito, tendo o comissário direito à contraprestação ou comissão pelos serviços prestados) e *não solene* (não há forma prescrita em lei, podendo ser celebrado verbalmente). A comissão costuma ser convencionada pelas partes em porcentagem sobre os

valores das vendas. Não estipulada, será arbitrada segundo os usos correntes no lugar (CC, art. 701). Em caso de morte do comissário, ou, quando, por motivo de força maior, não puder concluir o negócio, será devida pelo comitente uma remuneração proporcional aos trabalhos realizados (art. 702). Ainda que tenha dado motivo à dispensa, terá o comissário direito a ser remunerado pelos serviços prestados ao comitente, ressalvado a este o direito de exigir daquele os prejuízos sofridos (art. 703). Se for despedido sem justa causa, terá direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa (art. 705).

80 COMISSÃO “DEL CREDERE”

O comissário não responde, em geral, pela insolvência das pessoas com quem tratar, exceto em caso de culpa e de constar do contrato a cláusula *del credere* (CC, art. 697). Nesse último caso, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido (art. 698).

A referida cláusula visa estimular o comissário a ser cuidadoso na escolha das pessoas com quem realiza negócios, pois, em consequência dela, assume o risco dos negócios, solidariamente com estas. Não se trata de aval ou fiança, mas de garantia solidária resultante de acordo de vontades e autorizada por lei.

QUADRO SINÓTICO – DA COMISSÃO

1. Conceito	É o contrato pelo qual um dos contraentes, denominado comissário, obriga-se a realizar negócios em favor do outro, intitulado comitente, segundo instruções deste, porém em nome daquele.
2. Caracteres	— É contrato bilateral, consensual, oneroso, não solene e <i>intuitu personae</i> . — O comissário obriga-se perante terceiros em seu próprio nome, figurando no contrato como parte.

2. Caracteres	— São aplicáveis à comissão, no que couber, as regras sobre mandato (art. 709).
3. Comissão “del credere”	○ comissário não responde pela insolvência das pessoas com quem tratar, exceto em caso de culpa e de constar do contrato a cláusula <i>del credere</i> (art. 697). Nesse último caso, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver contratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido (art. 698).

CAPÍTULO XII

DA AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO

81 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Configura-se o contrato de *agência* quando uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada; e o de *distribuição*, quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada (CC, art. 710). O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos (parágrafo único). Nesse caso, caracterizar-se-á o contrato de representação autônoma, regido pela Lei n. 4.886/65. Preceitua o art. 721 do Código Civil que “aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”.

O agente atua como promotor de negócios em favor de uma ou mais empresas, em determinadas praças. Não é corretor, porque não efetua a conclusão dos negócios jurídicos. Não é mandatário, nem procurador. Fomenta o negócio do agenciado, mas não o representa, nem com ele possui vínculo trabalhista. Promove o negócio, mas nada obriga que o conclua. Pode até intermediar e fazer jus a comissões, mas tal circunstância não o transforma em corretor nem em mandatário. Tem a mesma natureza jurídica do contrato de comissão (*v. n. 80, retro*).

82 REGULAMENTAÇÃO

Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência (CC, art. 714). O proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência, salvo estipulação diversa; nem pode o agente

assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes (art. 711). Como exemplos de pessoas que exercem essa atividade podem ser citados os agentes de seguros, de aplicações financeiras, de atividades artísticas, podendo ser lembrada, ainda, a atividade do agente que se encarrega de indicar novos atletas de futebol ou de outro esporte para determinada agremiação esportiva. A atividade do agente limitar-se-á aos atos preparatórios que lhe foram incumbidos: prepara o negócio em favor do agenciado, mas não o conclui necessariamente. A obrigação do representante autônomo, ao contrário, é de concluí-lo. O agente encaminha as propostas e terá direito a indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento destas ou reduzi-lo tanto que se torne antieconômica a continuação do contrato (art. 715). A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente (art. 716).

QUADRO SINÓTICO – DA AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO

1. Conceito	Configura-se o <i>contrato de agência</i> quando uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada. E o de <i>distribuição</i>, quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada (art. 710).
2. Regulação	— Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência (art. 714). — O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos. Nesse caso, caracterizar-se-á o contrato de representação autônoma, regido pela Lei n. 4.886/65. — O proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência, salvo estipulação diversa (art. 711). — A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente (art. 716).

CAPÍTULO XIII

DA CORRETAGEM

83 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Pelo contrato de corretagem ou mediação, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas (CC, art. 722). O corretor aproxima pessoas interessadas na realização de determinado negócio, fazendo jus a uma retribuição se este se concretizar. A retribuição será devida quando a conclusão do negócio tenha decorrido exclusivamente dessa aproximação. Denomina-se *comitente* o que contrata a intermediação do corretor. A obrigação por este assumida é de resultado. Somente fará jus à comissão se houver resultado útil, ou seja, se a aproximação entre o comitente e o terceiro resultar na efetivação do negócio. A propósito, preceitua o art. 725 do Código Civil: “A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes”.

A corretagem é contrato *bilateral* (gera obrigações recíprocas), *consensual* (aperfeiçoa-se com o acordo de vontades), *acessório* (prepara a conclusão de outro negócio), *oneroso* (ambos os contratantes obtêm proveito, ao qual corresponde um sacrifício: para o comitente, pagamento da comissão e realização do negócio sem o desgaste de procurar interessados; para o corretor, porque pressupõe eventual remuneração como contraprestação de seu trabalho e empenho), *aleatório* (o corretor assume o risco do insucesso da aproximação) e *não solene* (não se exige forma especial). Em princípio, todas as modalidades contratuais lícitas admitem a corretagem, inclusive a matrimonial.

84 DIREITOS E DEVERES DO CORRETOR

A profissão de corretor de imóveis é disciplinada pela Lei n. 6.530/78, regulamentada pelo Decreto n. 81.871/78, que limita o seu exercício, no território nacional, ao possuidor de título técnico em transações imobiliárias, inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (CRECI) da circunscrição. O fato de não ser corretor habilitado pode sujeitá-lo a sanções administrativas, mas não o inibe de receber a remuneração, sob pena de o comitente locupletar-se indevidamente à custa de seu trabalho se não a pagar. O principal direito do mediador é justamente o de perceber a comissão. Se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais (CC, art. 724). Se a corretagem for ajustada por escrito e com exclusividade, a remuneração será devida se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor (art. 727).

Quanto aos deveres, destacam-se: **a)** o de executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios; **b)** o de prestar ao cliente, *sob pena de responder por perdas e danos*, todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência (art. 723, com a redação dada pela Lei n. 12.236, de 19-5-2010).

QUADRO SINÓTICO – DA CORRETAGEM

1. Conceito	É o contrato em que uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas (art. 722).
2. Caracteres	É contrato bilateral, consensual, acessório, oneroso, aleatório e não solene.

3. Direitos e deveres do corretor

- A profissão é regulamentada pelo Decreto n. 81.871/78.
- O principal direito do mediador é justamente o de perceber a comissão. Se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais (art. 724).
- Quanto aos deveres, destacam-se: **a)** o de executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer; **b)** o de prestar ao cliente, sob pena de responder por perdas e danos, todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance (art. 723).

CAPÍTULO XIV

DO TRANSPORTE

85 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Contrato de transporte é aquele em que alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas (CC, art. 730). A relação de transporte pode apresentar-se como acessória de outro negócio jurídico, como a compra e venda, em que o vendedor se obriga a entregar a coisa no domicílio do comprador. Nesse caso, o primeiro não se qualifica como transportador, cuja obrigação é exclusivamente a de efetuar o traslado de uma coisa ou pessoa, regendo-se a sua responsabilidade pelas normas que disciplinam a compra e venda.

O contrato de transporte gera, para o transportador, obrigação de resultado, qual seja, a de transportar pessoa ou coisa, incólume, ao seu destino. Embora tenha características próprias, rege-se, no que couber, pelas disposições relativas ao depósito, quando a coisa trasladada é depositada ou guardada nos armazéns do transportador (CC, art. 751). Não se confunde com o fretamento, em que é cedido o uso do meio de transporte (navio, avião, ônibus) ao outorgado, que lhe dará o destino que desejar. No contrato de transporte quem dirige e se responsabiliza pelo deslocamento das pessoas ou coisas é o transportador. É contrato *bilateral* ou *sinalagmático* (gera obrigações recíprocas), *consensual* (aperfeiçoa-se com o acordo de vontades, muitas vezes tácito, como no atendimento do taxista ou do motorista do ônibus ao aceno do passageiro), em regra *oneroso* (podendo, porém, ser feito gratuita e desinteressadamente, como no caso de quem dá carona a alguém), *comutativo* (as prestações são certas e determinadas, antevendo as partes as vantagens e os sacrifícios que dele podem advir), *não solene* (não depende de forma prescrita na lei, sendo válida a celebração verbal) e *de adesão* (o viajante adere ao regulamento da empresa de transporte, que elabora todas as suas cláusulas).

O art. 732 do estatuto civil procura compatibilizar as normas deste capítulo com a legislação especial referente a transportes, prescrevendo: “Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”. Foi, assim, ressalvada a legislação especial sobre transportes, como o Código de Defesa do Consumidor (o transportador é um prestador de serviços), o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Convenção de Varsóvia etc., no que não contrariam as disposições do Código Civil.

86 ESPÉCIES

O Código Civil disciplinou o contrato de transporte em capítulo próprio, dividindo-o em três seções, intituladas: “Das disposições gerais”, “Do transporte de pessoas” e “Do transporte de coisas” (arts. 730 a 756). O transporte é, portanto, de pessoas e coisas, e pode ser terrestre, aéreo e marítimo. A diferença consiste no meio de deslocamento de um local para outro. O transporte de bagagens é acessório do contrato de transporte de pessoas. O viajante, ao comprar a passagem, assegura o direito de transportar consigo a sua bagagem. Ao mesmo tempo, o transportador assume, tacitamente, a obrigação de efetuar esse transporte. Se houver excesso de peso ou de volume, poderá ser cobrado um acréscimo.

Prescreve o art. 734 do Código Civil: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”. Acrescenta o parágrafo único que “é lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”. Nesse caso, o valor declarado determina o montante da indenização. Poderá o transportador exigir o pagamento de prêmio extra de seguro, para a necessária cobertura de valores elevados.

87 DO TRANSPORTE DE PESSOAS

A partir do momento em que um indivíduo acena para um veículo de transporte público, já o contrato teve início, diante da oferta

permanente em que se encontra o veículo em trânsito. A responsabilidade pela integridade da pessoa do passageiro só se inicia, porém, a partir do momento em que esse mesmo passageiro incide na esfera da direção do transportador. Segue-se que o próprio ato de o passageiro galgar o veículo já o faz entrar na esfera da obrigação de garantia. Observa-se que a responsabilidade contratual do transportador pressupõe a formação de um contrato de transporte, de modo que afasta essa responsabilidade quando se trata de um *passageiro clandestino*. No caso das estradas de ferro, a responsabilidade do transportador tem início quando o passageiro passa pela roleta e ingressa na estação de embarque. Daí por diante, estará sob a proteção da cláusula de incolumidade, hoje substituída pela responsabilidade decorrente do vício ou defeito do serviço, respondendo a ferrovia pelos acidentes ocorridos com o passageiro ao subir ou descer do trem, por escorregar ou ser empurrado. Só não será responsabilizada se o dano decorrer de fato exclusivo de terceiro, estranho ao transporte.

Em certos meios de transporte distingue-se perfeitamente o momento da celebração do contrato e o de sua execução. Nas viagens aéreas, por exemplo, é comum a passagem ser comprada com antecedência. Nesses casos, a responsabilidade do transportador só terá início com a execução da avença. No transporte rodoviário, tendo em vista que a estação não pertence à transportadora, a execução se inicia somente com o embarque do passageiro, e só termina com o desembarque. Se o passageiro vem a se ferir em razão de queda ocorrida durante o embarque, porque o ônibus movimentou-se abruptamente, configura-se a responsabilidade do transportador, porque já se iniciara a execução do contrato. Do mesmo modo se a queda ocorrer por ocasião do desembarque.

Em matéria de responsabilidade civil do transportador, a jurisprudência não tem admitido a excludente do fato de terceiro. Justifica-se o rigor, tendo em vista a maior atenção que deve ter o motorista obrigado a zelar pela integridade de outras pessoas. Absorvendo essa orientação, o Código Civil reproduz, no art. 735, o texto da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal, dando-lhe a seguinte redação: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. Assim, qualquer acidente que cause danos ao

passageiro obriga o transportador a indenizá-lo, porque se trata de obrigação de resultado. Não importa que o evento tenha ocorrido porque o veículo foi “fechado” ou mesmo abalroado por outro. O transportador indeniza o passageiro e move, depois, ação regressiva contra o terceiro. O fato de terceiro só exonera o transportador quando efetivamente constitui causa estranha ao transporte, isto é, quando elimina, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato, como na hipótese de o passageiro ser ferido por uma bala perdida.

O atual Código Civil define o contrato de transporte como aquele pelo qual “alguém se obriga, mediante *retribuição*, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas” (art. 730). Logo adiante, preceitua: “Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia. Parágrafo único. Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas”. Percebe-se claramente, pela leitura dos aludidos dispositivos, a adoção da responsabilidade extracontratual no transporte puramente gratuito ou desinteressado, e a da contratual, com a cláusula de garantia, no transporte aparentemente gratuito mas que proporciona vantagens indiretas ao transportador. Assim, no transporte exclusivamente de cortesia, a existência de qualquer modalidade de culpa (grave, leve ou levíssima) é o quanto basta para que a responsabilidade do transportador seja exigível.

Assim como o transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior (CC, art. 737), a pessoa transportada deve sujeitar-se às normas por aquele estabelecidas, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço (art. 738). Se esta houver concorrido para o dano, especialmente por transgredir normas e instruções regulamentares, o juiz, reconhecendo a culpa recíproca, reduzirá equitativamente a indenização, proporcionalmente ao grau de culpa comprovado (parágrafo único). O transportador não pode recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem (art.

739). Mas, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso (art. 742).

88 DO TRANSPORTE DE COISAS

Poderá o transportador recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens (CC, art. 746). E deverá obrigatoriamente recusar aquela cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento (art. 747). É dever do transportador conduzir a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto (art. 749). A sua responsabilidade, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que recebe a coisa, e termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado (art. 750) ou se houver dúvida sobre quem deva recebê-la (art. 755).

No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega (art. 754, parágrafo único). No caso de transporte cumulativo, todos os transportadores respondem solidariamente pelo dano causado perante o remetente, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano (art. 756).

QUADRO SINÓTICO – DO TRANSPORTE

1. Conceito	Contrato de transporte é aquele em que alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas (art. 730).
2. Caracteres	É contrato bilateral, consensual, em regra oneroso, comutativo e de adesão.

3. Espécies	É de <i>pessoas</i> e <i>coisas</i> e, quanto ao meio empregado, pode ser <i>terrestre</i> , <i>aéreo</i> e <i>marítimo</i> .
4. Responsabilidade do transportador	Responde o transportador, de forma objetiva, pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade (art. 734).
5. Transporte de pessoas	— A partir do momento em que um indivíduo acena para um veículo de transporte público, já o contrato teve início, diante da oferta permanente em que se encontra o veículo em trânsito. — O art. 732 do CC ressalva a legislação especial (CDC, Código Brasileiro de Aeronáutica, Convenção de Varsóvia), no que não contrarie as disposições do diploma civil. — Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente por amizade ou cortesia (art. 736). — O passageiro deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos demais passageiros (art. 738). Se houver concorrido para o dano, o juiz reduzirá equitativamente a indenização.
6. Transporte de coisas	— É dever do transportador conduzir a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado (art. 749). — Poderá o transportador recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens (art. 746). — A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que recebe a coisa e termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado (art. 750).

CAPÍTULO XV

DO SEGURO

89 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes, denominada segurador, se obriga a garantir interesse legítimo da outra, intitulada segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados (CC, art. 757). O seu principal elemento é o *risco*, que se transfere para outra pessoa. Nele intervêm o *segurado* e o *segurador*, sendo este, necessariamente, uma sociedade anônima, uma sociedade mútua ou uma cooperativa, com autorização governamental (parágrafo único), que assume o risco, mediante recebimento do *prêmio* (geralmente em prestações), obrigando-se a pagar ao primeiro a quantia estipulada (*indenização*) para a hipótese de se concretizar o fato aleatório, denominado *sinistro*. O risco é o objeto do contrato e está sempre presente, mas o sinistro é eventual: pode, ou não, ocorrer. Se inoportunar, o segurador recebe o prêmio sem efetuar nenhum reembolso (indenização). O seguro social de acidentes do trabalho tem como segurador o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Firmas individuais não podem exercer habitualmente a exploração da atividade securitária. No seguro de vida e no obrigatório em que ocorrer morte por acidente, pode surgir a figura do *beneficiário*, o terceiro a quem é pago o valor do seguro. O *resseguro* consiste na transferência de parte ou de toda a responsabilidade do segurador para o ressegurador. A finalidade é distribuir para mais de um segurador a responsabilidade pela contraprestação.

O contrato de seguro é *bilateral*, *oneroso*, *consensual*, *aleatório* e *de adesão*. Embora o segurado assuma obrigação certa, que é a de pagar o prêmio estipulado na apólice, a avença é sempre *aleatória* para o segurador, porque a sua prestação depende de fato eventual: a ocorrência ou não do sinistro. Há divergências sobre o caráter *consensual* do con-

trato. Afirmam alguns, com base no art. 758 do Código Civil, que ele não se aperfeiçoa com a convenção, mas somente depois de emitida a apólice. Seria, então, um contrato solene. Tem-se entendido, no entanto, que a forma escrita é exigida apenas *ad probationem* (como prova pré-constituída), não sendo, porém, essencial, visto que a parte final do art. 758 também considera perfeito o contrato desde que o segurado tenha efetuado o pagamento do prêmio. A falta de apólice é, portanto, suprável por outras provas, especialmente a perícia nos livros do segurador. Em regra, pois, a *apólice* constitui o instrumento do contrato de seguro e pode ser *nominativa*, *à ordem* e *ao portador* (art. 760). As de seguro de vida não podem ser ao portador (parágrafo único). As nominativas podem ser transferidas mediante cessão civil, e as à ordem, por endosso. Naquelas, alienada a coisa que se ache no seguro, transfere-se ao adquirente o contrato, pelo prazo que ainda faltar. “O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro” (STF, Súmula 188). Todavia, “nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro” (art. 800). E no seguro de coisas, “salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins” (art. 786, § 1º).

A apólice ou o bilhete de seguro mencionarão os *riscos* assumidos, o *início* e o *fim de sua validade*, o *limite da garantia* e o *prêmio* devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário (art. 760). Os riscos cobertos pelo segurador são exclusivamente os constantes da apólice, dentro dos limites que ela fixar, não se admitindo interpretação extensiva nem analógica. Mas sendo *de adesão* o contrato, a interpretação deve ser feita em benefício da parte aderente, ou seja, do segurado, nos casos de dúvida (art. 423). Embora vigore o princípio da liberdade contratual, não podem as cláusulas contrariar normas de ordem pública. Desse modo, *nulo* será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro (art. 762). Assim, não pode ser segurado o risco que se filia a atos ilícitos, como o do contrabando, do jogo proibido etc. Outro preceito *proibitivo* é o que dispõe que a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no mo-

mento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador (art. 781). Caso contrário, além de desnaturar o contrato, a conduta do segurado, na primeira hipótese, revelaria a intenção de lucrar com o sacrifício do objeto segurado. A lei abre, contudo, algumas exceções: admite-se o resseguro, desde que o total da garantia prometida não ultrapasse o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato (art. 782), bem como no seguro de vida (art. 789). As coisas não podem ser seguradas por mais do que valem, nem ser objeto de segundo seguro. A vida, porém, pode ter mais de um seguro e ser estimada por qualquer valor, já que é insuscetível de apreciação pecuniária.

A *boa-fé*, reclamada nos contratos em geral, é mais energicamente exigida nos contratos de seguro (cf. art. 765). Assim, “se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido” (art. 766). Aplica-se o dispositivo ao segurado que, ciente de estar acometido de doença grave, responde negativamente ao quesito correspondente, ao subscrever a proposta (*RT*, 642:144). Se não houve má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio (parágrafo único). Da mesma forma, “pagará em dobro o prêmio estipulado” (art. 773) o segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice (quando, p. ex., aceita seguro contra naufrágio, embora saiba que o navio já atracou no porto com segurança).

90 ESPÉCIES

O contrato de seguro é *unitário*, embora integrado por espécies diferentes. Caracteriza-se, quaisquer que sejam os riscos segurados, pela ideia de ressarcimento dos danos, de cunho material ou moral. Hoje, praticamente todos os riscos são passíveis de cobertura, exceto os excluídos pela lei, como os dolosos ou ilícitos e os de valor superior ao da coisa, já mencionados. A estipulação do prêmio exige *cálculos atuariais*, e o seu valor consta de tabelas elaboradas pelas seguradoras, em que se toma por base a lei das *probabilidades*. O prêmio, pago

de uma só vez ou em prestações, é considerado indivisível. Por essa razão o segurado faz jus à percepção do valor do seguro, mesmo que ocorra o sinistro no início do período, fazendo-se a sua complementação, quando for o caso. No plano do *seguro obrigatório* impera o tarifamento do valor, sendo objetiva a responsabilidade. Desse modo, a simples prova do dano basta para justificar o pagamento da indenização. Podem-se distinguir, de início, os seguros *sociais* dos seguros *privados*. Estes são, em regra, facultativos e dizem respeito a coisas e pessoas. Aqueles, de cunho obrigatório, tutelam determinadas classes de pessoas, como os idosos, os inválidos, os acidentados no trabalho etc.

Os seguros privados podem ser divididos em *terrestres*, *marítimos* e *aéreos*. Subdividem-se em seguro de *coisas* e seguro de *pessoas* e podem especializar-se em operações de seguros de vida, de seguros mútuos, de seguro agrário, dos ramos elementares e de capitalização. Podem ser classificados, ainda, em seguros *individuais* e *coletivos* (ou *em grupo*). O seguro de *ramos elementares* cobre os riscos de fogo, transporte, acidentes e outros eventos danosos a coisas ou pessoas. O seguro de pessoas se desdobra em *seguro de vida* e *contra acidentes pessoais*. Dispõe o art. 789 do Código Civil, que “nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores”. A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida *nos primeiros dois anos* de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso. Ressalvada essa hipótese, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado (art. 798 e parágrafo único). Constitui ônus da seguradora a prova da premeditação do *suicídio*, pois o seguro de vida cobre somente o não premeditado (STJ, Súmula 61) ocorrido nos dois primeiros anos, ou seja, o decorrente de força irresistível ou profundo descontrole emocional.

O *seguro de vida* tem por objeto garantir, mediante o prêmio anual que se ajustar, o pagamento de certa soma a determinada ou determinadas pessoas, por morte do segurado (seguro de vida propriamente dito), podendo estipular-se, igualmente, o pagamento dessa

soma ao próprio segurado, ou terceiro, se aquele sobreviver ao prazo do seu contrato (seguro de sobrevivência). É lícito também fazer o seguro de modo que só tenha direito a ele o segurado se chegar a certa idade, ou for vivo a certo tempo. Pode uma pessoa fazer o seguro sobre a própria vida ou sobre a de outrem. No último caso, deverá justificar o seu interesse pela preservação daquela que segura, salvo se for cônjuge (deve ser incluído também o companheiro), ascendente ou descendente do proponente (art. 790 e parágrafo único). Várias são, portanto, as modalidades de seguro de vida admitidas. Pode ter por objeto o *seguro da vida inteira*, mediante pagamento de prêmio anual, beneficiando terceiros indicados com a morte do segurado. Pode ser fixado o pagamento para *certo e determinado período*, após o qual o segurado libera-se do pagamento, beneficiando também terceiros no caso de morte. Pode também consistir na *formação de capital* para ser usufruído pelo segurado após certo tempo ou quando atingir determinada idade. Há, ainda, o seguro *misto*, que constitui uma combinação do seguro de vida inteira com o de formação de capital, bem como o de *duas vidas* (geralmente marido e mulher), em que o seguro é pago ao sobrevivente. Constantemente, surgem novas modalidades.

O segurado pode substituir o beneficiário, por ato entre vivos ou de última vontade, se não renunciar a essa faculdade, ou se o seguro não tiver por causa declarada a garantia de alguma obrigação (art. 791). Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária (art. 792). Na falta das pessoas indicadas, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência (parágrafo único). O art. 793 considera válida a instituição do *companheiro* como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato. A soma paga pelo seguro não está sujeita às obrigações ou dívidas do segurado; sendo, portanto, *impenhorável*, nem se considera herança para todos os efeitos de direito (art. 794).

No *seguro mútuo*, várias pessoas unem-se para assumir os riscos inerentes à sua vida ou aos seus bens, partilhando entre si os eventuais prejuízos. Em tal caso, o conjunto dos segurados constitui a pessoa

jurídica a que pertencem as funções de segurador. Ela não tem fim lucrativo. Os segurados são exclusivamente os próprios associados. As sociedades de seguros mútuos devem ser pessoas jurídicas, estando disciplinadas pelo Decreto-Lei n. 2.063, de 7 de março de 1940, com as modificações trazidas pelo Decreto-Lei n. 3.908, de 8 de dezembro de 1941, não se confundindo com as companhias seguradoras. Em lugar do prêmio, os segurados contribuem com quotas necessárias para ocorrer às despesas da administração e aos prejuízos verificados. As quotas dos sócios serão fixadas conforme o valor dos respectivos seguros, podendo-se também levar em conta riscos diferentes.

91 OBRIGAÇÕES DO SEGURADO

A principal obrigação do segurado é *pagar o prêmio* estipulado no contrato. Não pode exonerar-se, alegando que o risco não se verificou (art. 764), pois se trata de contrato aleatório. Deve comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé (art. 769). Se houver agravamento dos riscos, sem culpa sua, poderá o segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso, dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato. A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença de prêmio (art. 769, §§ 1º e 2º). Deve abster-se, por outro lado, de tudo quanto possa aumentar os riscos, porque se é o *próprio segurado que o agrava*, por sua conta (inscrevendo o veículo segurado em perigosa prova de velocidade, p. ex.), *perde o direito ao seguro* (art. 768). Tem-se decidido que a prática de assalto à mão armada pelo segurado, que venha a morrer, acarreta a perda do direito a indenização, em razão do descumprimento da obrigação de abster-se de tudo quanto pudesse aumentar os riscos (RT, 647:119).

Constitui, ainda, obrigação do segurado *comunicar o sinistro ao segurador*, logo que o saiba, e tomar as providências imediatas para minorar-lhe as consequências, sob pena de perder o direito a indenização (art. 771). Este se exonera em razão da omissão injustificada, se provar que, oportunamente avisado, lhe teria sido possível evitar, ou atenuar, as consequências do sinistro. Em princípio, estando o segura-

do inadimplente, não é devida a indenização. Pode haver a reabilitação do segurado, pela purgação da mora no prazo da notificação, que é obrigatória. Preceitua o art. 763 que “não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”. Interpretação literal do mencionado dispositivo pode fazer com que, em contrato de seguro cujo prêmio tenha sido pago durante muitos anos, a mora de apenas um dia determine a perda da indenização — o que não parece justo. Antes do novo diploma civil, já se decidira que o atraso no pagamento dos prêmios não resolve *ipso jure* o contrato de seguro. Se o sinistro verifica-se antes de proferida a sentença de rescisão, fica o segurador obrigado a indenizar o segurado moroso, descontando da importância a pagar o valor dos prêmios em atraso (1ª TACSP, Ap. 748.965-4-São José do Rio Preto, j. 28-1-1998).

92 OBRIGAÇÕES DO SEGURADOR

A primordial obrigação do segurador é *pagar em dinheiro*, se outra forma não foi convencionada (a de consertar o veículo danificado, p. ex.), o *prejuízo* resultante do risco assumido e, conforme as circunstâncias, o valor total da coisa segura (art. 776). Nos seguros *pessoais*, a indenização será paga sempre pela importância constante da apólice, porque os bens por eles cobertos são inestimáveis. Nos seguros de bens *materiais*, contudo, a indenização nem sempre corresponde exatamente à quantia declarada, porque o seguro não tem finalidade lucrativa e exige, por isso, a apuração real do prejuízo (art. 781). O segurador poderá exonerar-se provando, dentre outras circunstâncias, que houve dolo do segurado; que o valor dado à coisa é superior ao real (art. 778); que se trata de segundo seguro da coisa, pelo mesmo risco e no seu valor integral (art. 782); caducidade da apólice pelo não pagamento do prêmio; inexistência de cobertura para o sinistro ocorrido; descumprimento de obrigações, especialmente no tocante ao agravamento dos riscos e à falta de comunicação do sinistro etc.

Não se inclui na garantia o sinistro provocado por vício intrínseco da coisa segurada, não declarado pelo segurado. Entende-se por vício intrínseco o defeito próprio da coisa, que se não encontra normalmente em outras da mesma espécie (art. 784 e parágrafo único). O

segurador só responde pelos *riscos assumidos*, particularizados na apólice. Mas, salvo expressa disposição em contrário, o risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, caso sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa (art. 779), como, por exemplo, o ocasionado pela água utilizada para apagar o incêndio. Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado (art. 785). A transmissão é *facultativa*. Tem-se decidido, a propósito, que “o direito à indenização pode ser transmitido como acessório da propriedade, operando-se a transmissão de pleno direito quando a apólice não o vedar. Em linha de princípio, cabe à seguradora o direito de ser informada dessa transferência, pois desde que exista razão suficiente, pode opor-se a ela. Todavia, se não for comunicada e não indicando qualquer dado que torne a oposição razoável, ou melhor, tratando-se de mera possibilidade de recusa, não pode a seguradora se eximir de sua obrigação, sendo devida a indenização” (RT, 647:85).

O art. 802 exclui do âmbito do Código Civil o seguro-saúde. E os arts. 787 e 788 disciplinam o seguro de responsabilidade civil, pelo qual o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

QUADRO SINÓTICO – DO SEGURO

1. Conceito	Contrato de seguro é aquele pelo qual uma das partes, denominada segurador, se obriga a garantir interesse legítimo da outra, intitulada segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos determinados (art. 757). O seu principal elemento é o <i>risco</i> , que se transfere para outra pessoa.
2. Caracteres	É contrato bilateral, oneroso, consensual, aleatório e de adesão.
3. Requisitos	— O segurador deve ser uma sociedade anônima, uma sociedade mútua ou uma cooperativa, com autorização governamental, que assume o risco, mediante recebimento do <i>prêmio</i> , obrigando-se a pagar ao primeiro a <i>indenização</i> . — O segurado deve ter capacidade civil.

3. Requisitos	— Nem todas as pessoas podem ser beneficiárias (arts. 793, 550 e 1.801, III). — O objeto, que é o risco descrito na apólice, deve ser lícito e possível. O seu valor deve ser determinado (arts. 778, 782 e 789). — A boa-fé, que é mais energicamente exigida nos contratos de seguro (art. 765).		
4. Espécies	Quanto à obrigatordade	a) <i>privados</i> (facultativos); b) <i>sociais</i> (obrigatórios).	
	Quanto ao meio sujeito a risco	a) terrestres; b) marítimos; e c) aéreos.	
	Quanto ao número de pessoas	a) individual; b) coletivo.	
	Quanto ao objeto	a) de coisas; b) de pessoas.	
	Quanto às obrigações do segurador	a) de ramos elementares (risco de fogo, transporte e outros eventos danosos); b) de pessoas	— contra acidentes pessoais — de vida — da vida inteira — para certo e determinado período — com formação de capital — misto (de vida inteira com o de formação de capital) — de duas vidas
	Quanto à prestação dos segurados	a) a prêmio; b) mútuo; c) misto (abrange os anteriores).	

5. Principal obrigação do segurado	Consiste em <i>pagar o prêmio</i> estipulado no contrato. Não pode exonerar-se, alegando que o risco não se verificou (art. 764), pois se trata de contrato aleatório.
6. Principal obrigação do segurador	Consiste em <i>pagar em dinheiro</i> , se outra forma não foi convencionada (a de consertar o veículo, p. ex.), o prejuízo resultante do risco assumido e, conforme as circunstâncias, o valor total da coisa segura (art. 776).

CAPÍTULO XVI

DA CONSTITUIÇÃO DE RENDA

93 CONCEITO

Pelo contrato de constituição de renda, uma pessoa (o *instituidor*) entrega a outrem (*rendeiro* ou *censuário*) um capital, que pode consistir em bens móveis ou imóveis, obrigando-se este a pagar àquela ou a terceiro por ela indicado, periodicamente, determinada prestação (CC, arts. 803 e 804). Essa renda pode ser constituída por ato *inter vivos* ou por testamento. Pode ser a título *gratuito* (quando há o propósito de fazer liberalidade em favor de terceiro *beneficiário*, sem exigência de contraprestação, equiparando-se a uma doação), ou a título *oneroso*, quando são entregues bens móveis ou imóveis ao censuário, pagando este uma certa renda ao instituidor.

94 CARACTERÍSTICAS

A constituição de renda é, em regra, *vitalícia* e, consequentemente, *aleatória*, pois a prestação do rendeiro será maior ou menor, conforme a vida do beneficiário se prolongue ou termine precocemente. Pode ser feita “a prazo certo, ou por vida, podendo ultrapassar a vida do devedor mas não a do credor, seja ele o contratante, seja terceiro” (art. 806). É, também, quando oneroso, contrato de natureza *real*, aperfeiçoando-se com a entrega dos bens ao rendeiro, a quem o domínio é transferido desde a tradição (art. 809). Para sua validade a lei exige escritura pública (art. 807). Trata-se, portanto, de contrato *solene*.

Como a constituição de renda é negócio que se liga à maior ou menor duração de vida do beneficiário, será *nula*, por falta de objeto, se este for pessoa já falecida, ou que vier a falecer, nos trinta dias seguintes, de moléstia de que já sofria, quando foi celebrado o contrato por ocasião do ajuste (art. 808). Se, porém, morre logo após o ajuste,

de mal de que não padecia antes, a instituição é válida. A renda constituída por título gratuito pode, por ato do instituidor, ficar isenta de todas as execuções pendentes e futuras (essa isenção existe de pleno direito em favor dos montepios e pensões alimentícias, conforme o art. 813, parágrafo único), bem como ser gravada com cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade (não a onerosa, em favor do próprio instituidor, porque ninguém pode subtrair os próprios bens à execução dos credores).

QUADRO SINÓTICO – DA CONSTITUIÇÃO DE RENDA

1. Conceito	Pelo contrato de constituição de renda, uma pessoa (o <i>instituidor</i>) entrega a outrem (<i>rendeiro</i> ou <i>censuário</i>) um capital, que pode consistir em bens móveis ou imóveis, obrigando-se este a pagar àquela ou a terceiro por ela indicado, periodicamente, determinada prestação (arts. 803 e 804).
2. Modo constitutivo	a) por ato <i>inter vivos</i> , oneroso ou gratuito; b) por testamento.
3. Caracteres	a) É, em regra, <i>vitalícia</i> e, consequentemente, <i>aleatória</i> . b) Pode ser <i>a prazo certo</i> , ou <i>por vida</i> , podendo ultrapassar a vida do devedor mas não a do credor (art. 806). c) Pode ser <i>bilateral</i> ou <i>unilateral</i> , <i>oneroso</i> ou <i>gratuito</i> . Quando oneroso, é de natureza real (art. 809). d) É <i>solene</i> , pois a lei exige escritura pública (art. 807).

CAPÍTULO XVII

DO JOGO E DA APOSTA

Jogo e aposta são contratos aleatórios. No primeiro o resultado decorre da *participação* dos contratantes. O êxito ou o insucesso dependem da atuação de cada jogador. O vencedor fará jus a certa soma, previamente estipulada. Na *aposta* o resultado não depende das partes, mas de um ato ou fato alheio e incerto. Vence a aposta aquele cujo ponto de vista a respeito de fato praticado por outrem se verifique ser o verdadeiro. O tratamento legal dado aos dois institutos é o mesmo. Classificam-se os jogos em *ilícitos* (ou proibidos) e *lícitos* (ou tolerados). Nos primeiros o resultado depende exclusivamente da *sorte*, como ocorre no jogo do bicho, no jogo de dados, na roleta etc. Nos últimos o ganho decorre da habilidade, da força ou da inteligência dos contendores, como no futebol, no tênis e nos carteados em geral, como o pôquer, o truco etc. Dispõe o art. 814 do Código Civil que “As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”. Desse modo, a dívida resultante da perda no jogo, quer seja lícito (ou tolerável), quer ilícito (ou proibido), constitui *obrigação natural*: o ganhador não dispõe, no ordenamento, de ação para exigir seu pagamento. Ensina Pontes de Miranda que “*ninguém deve*; por perder em jogo proibido, ou em aposta proibida. Quem perdeu em jogo *não* proibido, ou em aposta *não* proibida, *deve*; porém, contra essa pessoa não há pretensão nem ação” (*Tratado de direito privado*, Borsoi, v. 45, p. 226).

Mas o que foi pago *voluntariamente* não pode mais ser recobrado (CC, art. 882), salvo se tiver inexistido livre consentimento do perdedor (caso de dívida de jogo ganha com dolo ou em que este é menor ou interdito). Tal regulamentação estende-se, também, a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo, porque não se pode reconhecer, novar ou afiançar obrigação que juridicamente não existe. Mas a *nulidade* resultante não

pode ser oposta ao terceiro de boa-fé (CC, art. 814, § 1º, 2ª parte). É carecedor de ação o apostador que se tenha tornado credor por cheque ou outro título de crédito, emitido para pagamento de dívida proveniente de jogo ou aposta. Não o será, porém, o terceiro de boa-fé, a quem o título ao portador foi transmitido. Contudo, não se pode arguir a boa-fé se há prova de que o terceiro conhecia perfeitamente a origem da dívida (RT, 670:94). Igualmente não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo, ou aposta, *no ato de apostar ou jogar* (art. 815). Para que a dívida se torne incobrável é necessário que o empréstimo tenha ocorrido no momento da aposta ou do jogo, como o efetuado pelo dono do cassino para que o mutuário continue a jogar. Podem ser cobrados, no entanto, os empréstimos contraídos posteriormente, para pagar tais dívidas. Ressalve-se a existência de jogos *regulamentados pela lei*, como o turfe (destinado a incrementar a raça cavalar) e diversas loterias, autorizadas em geral para a obtenção de recursos direcionados a obras sociais, que geram *obrigações civis*, pois recebem a chancela jurídica, permitindo a cobrança judicial da recompensa (art. 814, § 2º, 2ª parte). Excetuam-se, igualmente, os prêmios oferecidos ou prometidos para o vencedor em competição esportiva, intelectual ou artística, desde que os interessados se submetam às prescrições legais e regulamentares (art. 814, § 3º).

O Código Civil de 1916 equiparava ao jogo os *contratos diferenciais*, assim denominados os que versam sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste (art. 1.479). O *mercado a termo* era, assim, equiparado ao jogo, pois as partes não visam realmente à entrega da mercadoria, mas especulam com a sua alta ou baixa, ou com a dos títulos: se o preço subir, o comprador ganha, porque o vendedor é obrigado ao pagamento da *diferença*. Se baixar, quem ganha é o vendedor, que é titular do direito a ela. O atual Código Civil, porém, diversamente, prescreveu que “as disposições dos arts. 814 e 815 não se aplicam aos contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste” (art. 816). Contudo, o *sorteio*, utilizado para dirimir questões ou dividir coisas comuns, não é tratado como jogo, sendo considerado sistema

de partilha ou processo de transação, conforme o caso (art. 817). Podem os herdeiros, por exemplo, deixar à sorte a divisão dos quinhões, realizando o sorteio. Tal sistema é usado pelo próprio direito em várias situações, como no sorteio dos jurados, do relator dos feitos em segunda instância etc., bem como pelas loterias autorizadas.

QUADRO SINÓTICO – DO JOGO E DA APOSTA

1. Conceito	a) <i>Jogo</i> é o contrato em que duas ou mais pessoas prometem, entre si, pagar certa soma àquela que obtiver êxito ou sucesso em sua atuação. O resultado decorre da <i>participação</i> dos contratantes. b) A <i>aposta</i> é convenção na qual o resultado não depende das partes, mas de um ato ou fato alheio e incerto. Vence a aposta aquele cujo ponto de vista a respeito de fato praticado por outrem se verifique ser o verdadeiro.
2. Espécies de jogo	a) <i>Ílícitos</i> (ou proibidos): quando o resultado depende exclusivamente da sorte (roleta, jogo do bicho etc.). b) <i>Lícitos</i> (ou tolerados): quando o ganho decorre da habilidade, força ou inteligência dos contendores (tênis, carteados etc.). Geram obrigações <i>naturais</i>, inexigíveis (art. 814). c) <i>Autorizados</i> ou <i>regulamentados pela lei</i>, como o turfe e diversas loterias. Geram obrigações <i>civis</i>, permitindo a cobrança judicial da recompensa (art. 814, § 2º, 2ª parte).
3. Contratos diferenciais	○ <i>mercado a termo</i>, que versa sobre títulos de bolsa em que se estipulem a liquidação pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste, era equiparado, no CC/1916, ao jogo. O atual diploma, diversamente, prescreveu que as disposições dos arts. 814 e 815 não se aplicam a tais contratos (art. 816).

CAPÍTULO XVIII

DA FIANÇA

95 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Dá-se o contrato de fiança quando uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra (art. 818). Um terceiro, denominado *fiador*, obriga-se perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do crédito deste, caso não o solva o devedor. Constitui garantia ou caução *fidejussória*, de natureza *pessoal* (representada pelo patrimônio geral do terceiro), diferente da caução *real*, que se caracteriza pela vinculação de determinado bem ao cumprimento da obrigação (penhor, hipoteca etc.). A fiança tem caráter *acessório* e *subsidiário*, pois depende da existência do contrato principal e tem sua execução subordinada ao não cumprimento deste, pelo devedor. Nula a obrigação principal, a fiança desaparece, salvo se a nulidade resultar de incapacidade pessoal do devedor. A exceção não abrange, contudo, o contrato de mútuo feito a menor (art. 824, parágrafo único). Por ter caráter acessório, a fiança pode ser de *valor inferior* e contraída em *condições menos onerosas* do que a obrigação principal, não podendo, entretanto, ser de valor superior ou mais onerosa do que esta, porque o acessório não pode exceder o principal. Se tal acontecer, não se anula toda a fiança, mas somente o excesso, reduzindo-a ao montante da obrigação afiançada (art. 823). Podem as partes substituir a subsidiariedade pela *solidariedade* entre o fiador e o afiançado (art. 828, II) — o que é bastante comum.

A fiança apresenta ainda outras características. É contrato *unilateral*, porque gera obrigações, depois de ultimado, unicamente para o fiador. É *solene*, porque depende de forma escrita, imposta pela lei (art. 819), por instrumento público ou particular, no próprio corpo do contrato principal ou em separado. É, também, em regra *gratuito*, porque o fiador ajuda o afiançado, nada recebendo em troca. Mas pode

assumir caráter *oneroso*, quando o afiançado remunera o fiador pela fiança prestada (é o caso das fianças bancárias). Sendo contrato *benéfico*, “não admite interpretação extensiva” (arts. 114 e 819). Não se pode, assim, por analogia ampliar as obrigações do fiador, quer no tocante à sua extensão, quer no concernente à sua duração. É, por fim, contrato *personalíssimo* ou *intuitu personae*, porque celebrado em função da confiança que o fiador merece.

96 ESPÉCIES E REQUISITOS

A fiança pode ser *convencional*, *legal* e *judicial*. A primeira resulta de acordo de vontades. A segunda é imposta pela lei (CC, arts. 1.400, 1.745, parágrafo único etc.). E a terceira é determinada pelo juiz (CPC, arts. 475–O, I, e 925). A *capacidade* para ser fiador é a genérica: podem ser fiadoras todas as pessoas que tenham a livre disposição de seus bens. Ficam afastados, portanto, os incapazes em geral. Concedida por mandato, requer poderes especiais; e, se o outorgante for analfabeto, a procuração deve ser dada por instrumento público. Um cônjuge não pode, *sem o consentimento do outro*, exceto no regime da separação absoluta, prestar fiança (CC, art. 1.647, III). A falta da aludida autorização torna o ato *anulável* (art. 1.649), estando legitimado a postular a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal, somente o cônjuge que não deu a outorga (ou seus herdeiros, se já falecido), podendo, ainda, ser confirmado por ele (arts. 172 e 1.650). Proclama a Súmula 332 do Superior Tribunal de Justiça: “A anulação de fiança prestada sem outorga uxória implica a ineficácia total da garantia”.

O consentimento não se confunde com fiança conjunta. O cônjuge pode autorizar a fiança, para atender à exigência legal, sem se converter em fiador. Nesse caso, um cônjuge afiança e o outro simplesmente autoriza. Podem também os cônjuges, se o desejarem, afiançar conjuntamente.

As *dívidas futuras* podem ser objeto de fiança; mas o fiador, nesse caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor (art. 821), porque o acessório segue o principal. Pode-se estipulá-la, ainda, sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade (art. 820). Nesse caso, não será este obrigado a substituir o fiador que se torne insolvente (art. 826). A garantia, não

tendo sido limitada (até certo valor, até certa data, p. ex.), estende-se a todos os acessórios da dívida principal, inclusive às despesas judiciais, desde a citação do fiador (art. 822). Mas, para que o fiador responda pelos aluguéis e pelas custas e despesas processuais, deve ser *citado*, juntamente com o devedor. Se o credor não promover a sua citação, só poderá *depois* cobrar dele os aluguéis atrasados, bem como a multa, mas não as despesas judiciais da primeira ação. Quando o devedor estiver obrigado, por lei ou em virtude de acordo, a dar fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possuir bens suficientes para cumprir a obrigação (art. 825).

97 EFEITOS

Destaca-se, nas relações entre o credor e o fiador, o *benefício de ordem* ou benefício de *excussão*. Pode este, quando demandado, indicar bens do devedor, livres e desembaraçados, e *somente até a fase da contestação*, que sejam suficientes para saldar o débito, a fim de evitar a excussão de seus próprios bens (art. 827), visto que a sua obrigação é *acessória* e *subsidiária*. Tal benefício consiste, portanto, no direito de exigir que sejam primeiro executados os bens do devedor. Contudo, não pode ser invocado: **a)** se o fiador renunciou expressamente a ele; **b)** se se obrigou como principal pagador ou devedor solidário; **c)** se o devedor for insolvente, ou falido (art. 828). Dispõe o fiador, ainda, do *benefício de divisão*, nestes termos: “A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservaram o benefício de divisão” (art. 829). Aduz o parágrafo único: “Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento”. Tal benefício afasta a solidariedade, tornando divisível a obrigação. Já se decidiu que a fiança prestada “por marido e mulher, se inexistir a reserva do benefício de divisão, cai na regra da solidariedade estipulada no art. 1.493 do CC (*de 1916, correspondente ao art. 829 do novo diploma*). Assim, a morte de um fiador não limita a garantia até a data do seu falecimento, já que não incide a norma do art. 1.501 do mesmo Código (*de 1916*) quanto ao garante solidário” (RT, 635:268), salvo se a mulher apenas concedeu anuência (RSTJ, 111:327).

Assim como o fiador único pode limitar a garantia a uma parte da dívida somente (art. 823), admite-se, também, sendo vários os garantes, que cada qual especifique, no contrato, a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, e, nesse caso, não será por mais obrigado (art. 830). O fiador que a pagar integralmente ficará *sub-rogado* de pleno direito nos direitos do *credor*, com todos os direitos, ações, privilégios e garantias de que este desfrutava (arts. 346, III, e 349). Mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota. A parte do insolvente distribuir-se-á pelos outros (art. 831).

Nas relações entre *fiador* e *afiançado*, observa-se que pode o primeiro, sub-rogando-se nos direitos do credor, exigir do último o que pagou, acrescido dos *juros* pela taxa estipulada na obrigação principal ou, à sua falta, pela taxa legal, além das *perdas e danos* que pagar e pelos que sofrer em razão da fiança (arts. 832 e 833). Se o credor, depois de iniciar a execução contra o devedor, mostrar-se desidioso, não dando ao feito o regular andamento, poderá fazê-lo o fiador, que tem interesse em liberar-se da responsabilidade (art. 834). Quando nem a obrigação nem a fiança têm prazo certo, pode o fiador *exonerar-se* quando lhe convier (art. 835), por meio de ação declaratória (RT, 723:412), ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor. Não é nula a cláusula de renúncia do direito de exoneração da fiança oferecida por tempo indeterminado (RT, 703:122). Considera-se, entretanto, renúncia o fato de o fiador ter-se obrigado até a efetiva entrega das chaves (RT, 704:140). Dispõe a Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça que “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

98 EXTINÇÃO DA FIANÇA

A *morte* do fiador extingue a fiança, mas a obrigação passa aos seus herdeiros, limitada porém às forças da herança e aos débitos existentes até o momento do falecimento (art. 836). A do *afiançado*, contudo, não a extingue. Além das causas que extinguem os contratos em geral, a fiança extingue-se também por atos praticados pelo *credor*, especificados no art. 838: **a)** concessão de *moratória* (dilação do prazo contratual) ao devedor, sem consentimento do fiador, ainda que solidário (RT, 673:162); **b)** *frustração da sub-rogação legal* do fiador nos direitos e preferências (por abrir mão de hipoteca, que também garantia

a dívida, p. ex.); **c)** aceitação, em pagamento da dívida, de *dação em pagamento* feita pelo devedor, ainda que depois venha a perder o objeto por evicção, pois nesse caso ocorre pagamento indireto, que extingue a própria obrigação principal. A enumeração legal é taxativa. Assim, a fiança não desaparece com a falência ou a redução do aluguel, por exemplo.

O fiador pode opor ao credor as *exceções que lhe são pessoais* (as dos arts. 204, § 3º, 366, 371 e 376, p. ex.), bem como as que caibam ao *devedor principal* (como prescrição e nulidade da obrigação, p. ex.), se não provierem simplesmente da incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor (art. 837). Ficará exonerado o fiador se nomeou bens à penhora valendo-se do benefício da excussão, ainda que mais tarde, havendo demora na execução por negligência do credor, o devedor venha a cair em insolvência (art. 839). Basta provar que, ao tempo da penhora, os bens nomeados *eram suficientes* para a satisfação da dívida. O art. 77 do Código de Processo Civil permite o chamamento do devedor na própria ação em que o fiador seja réu, e dos outros fiadores, quando para a ação seja citado apenas um deles.

QUADRO SINÓTICO – DA FIANÇA

1. Conceito	Dá-se o contrato de fiança quando uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra (art. 818).
2. Caracteres	A fiança é contrato acessório, subsidiário, solene, personalíssimo ou <i>intuitu personae</i> , em regra, unilateral, embora possa assumir caráter oneroso.
3. Espécies	a) <i>convencional</i>: resulta de acordo de vontades; b) <i>legal</i>: imposta pela lei (arts. 1.400 e 1.745, parágrafo único); c) <i>judicial</i>: determinada pelo juiz (CPC, arts. 475-O, I, e 925).
4. Requisitos subjetivos	— Capacidade genérica para ser fiador: todas as pessoas que tenham a livre disposição de seus bens. — Concedida por mandato, requer poderes especiais.

4. Requisitos subjetivos	— Um cônjuge não pode, sem o consentimento do outro, exceto no regime da separação absoluta, prestar fiança (art. 1.647, III). A falta de autorização torna o ato <i>anulável</i> (art. 1.649).
5. Requisitos objetivos	— A fiança pode ser dada a toda espécie de obrigação. — Tendo natureza acessória, sua eficácia depende da validade da obrigação principal. — As <i>dívidas futuras</i> podem ser objeto de fiança (art. 821).
6. Efeitos	a) Nas relações entre credor e fiador — <i>Benefício de ordem</i> ou <i>excussão</i>: pode o fiador indicar bens do devedor, que sejam suficientes para saldar o débito (art. 827). — Estipulado o <i>benefício de divisão</i>, fica afastada a solidariedade, tornando divisível a obrigação (art. 829, parágrafo único). — O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor (art. 831). — Cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado (art. 830).
	b) Nas relações entre devedor afiançado e fiador — Pode o fiador, sub-rogando-se nos direitos do credor, exigir do devedor o que pagou, acrescido dos juros pela taxa estipulada na obrigação principal, além das perdas e danos que pagar e pelos que sofrer em razão da fiança (arts. 832 e 833). — Se o credor mostrar-se desidioso, não dando ao feito o regular andamento, poderá fazê-lo o fiador (art. 834). — Quando nem a obrigação, nem a fiança têm prazo certo, pode o fiador exonerar-se quando lhe convier (art. 853).

7. Extinção da fiança

Além das causas que extinguem os contratos em geral, a fiança extingue-se também por atos praticados pelo credor, especificados no art. 838:

- a) Concessão de *moratória* (dilação do prazo contratual) ao devedor, sem o consentimento do fiador, ainda que solidário.
- b) *Frustração da sub-rogação legal* do fiador nos direitos e preferências (por abrir mão da hipoteca, p. ex.).
- c) Aceitação, em pagamento da dívida, de *dação em pagamento* feita pelo devedor.

CAPÍTULO XIX

DA TRANSAÇÃO

99 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A palavra transação costuma ser empregada, na linguagem comum, para designar todo e qualquer tipo de negócio, especialmente os de compra e venda de bens. No sentido técnico-jurídico do termo, contudo, constitui *negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes previnem ou terminam relações jurídicas controvertidas, por meio de concessões mútuas*. Resulta de um acordo de vontades, para evitar os riscos de futura demanda ou para extinguir litígios judiciais já instaurados, em que cada parte abre mão de uma parcela de seus direitos, em troca de tranquilidade.

Dispõe, com efeito, o art. 840 do Código Civil: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Trata-se, pois, de instituto do direito civil. Não se confunde com *conciliação*, que é um momento processual. Quando, nessa fase, é celebrada a transação, passa ela a constituir o seu conteúdo.

Os *elementos constitutivos* da transação são: **a)** a existência de relações jurídicas *controvertidas*; **b)** a *intenção* de extinguir as dúvidas, para prevenir ou terminar o litígio; **c)** o *acordo de vontades*, para o qual exige-se capacidade das partes e legitimação para alienar, bem como a outorga de poderes especiais, quando realizada por mandatário (CC, art. 661, § 1º); **d)** *concessões recíprocas*, pois se apenas uma das partes cede não há, juridicamente falando, transação, mas renúncia, desistência ou doação.

A existência de uma *dúvida* é essencial. É nula a transação, se ela não mais existe porque a controvérsia já foi judicialmente solucionada, por sentença passada em julgado, sem que um ou ambos os transatores tivessem ciência desse fato, ou se jamais existiu qualquer possibilidade de conflito, por se verificar, por título ulteriormente descoberto, que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação

(CC, art. 850), pois ninguém pode transigir a respeito de coisa que não lhe pertence.

A primeira hipótese é difícil de ocorrer, porque a sentença não passa em julgado sem que as partes dela sejam intimadas. Pode ser lembrada, no entanto, a hipótese de a parte vencedora morrer, depois de cientificada da decisão e do trânsito em julgado, e o herdeiro celebrar acordo com o vencido, desconhecendo a existência da sentença favorável.

Divergem os autores sobre a *natureza jurídica* da transação. Entendem uns ter natureza *contratual*; outros, porém, consideram-na *meio de extinção* de obrigações, não podendo ser equiparada a um contrato, que tem por fim *gerar* obrigações. Na realidade, na sua *constituição*, aproxima-se do contrato, por resultar de um acordo de vontades sobre determinado objeto; nos seus *efeitos*, porém, tem a natureza de pagamento indireto.

O Código Civil incluiu a transação no título dedicado às “várias espécies de contratos”, reconhecendo que sua força obrigatória emana exatamente da convenção, do acordo de vontades, ao prescrever, no art. 849, que “a transação só se rescinde por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”. Não se admite, pois, retratação unilateral de transação. Daí a afirmação inicialmente feita, de que constitui *negócio jurídico bilateral*, como os contratos em geral. A ação cabível para atacar sentença *homologatória* de transação é a *ação anulatória* do art. 486 do referido diploma e não a rescisória (cf. STJ, 3ª T., REsp 9.651-SP, Rel. Min. Cláudio Santos, *DJU*, 23 set. 1991, p. 13082, 1ª col., VI ENTA, tese n. 2), exceto quando a sentença aprecia o mérito do negócio jurídico.

100 ESPÉCIES

A transação pode ser judicial ou extrajudicial. Mediante acordo, as partes podem *prevenir*, isto é, evitar a instauração de um litígio, ou *terminar* demanda já em andamento.

Na primeira hipótese, a transação é *extrajudicial*. Por exemplo: dois vizinhos divergem a respeito da exata divisa entre os seus terrenos, mas acabam celebrando um acordo, mediante instrumento públi-

co, afastando as dúvidas até então existentes. Como não havia ainda nenhum litígio instaurado, a transação é definida como extrajudicial. Se, no entanto, o entendimento ocorrer somente após um deles ter ingressado em juízo com alguma ação em defesa de seus interesses, a transação será classificada como *judicial*, mesmo se obtida no escritório de um dos advogados e sacramentada em cartório, por instrumento público, por envolver direitos sobre imóveis.

Quanto à *forma*, dispõe o art. 842 do diploma civil que, não havendo ainda litígio, a transação (*extrajudicial*) realizar-se-á por *escritura pública*, nas obrigações em que a lei o exige (quando versar sobre imóveis, cf. art. 108), ou *instrumento particular*, nas em que ela o admite (quando relativa a móveis). Dispensa-se a homologação, uma vez que sua eficácia, entre as partes, independe desse ato judicial, indispensável apenas para efeitos processuais, isto é, para a extinção do feito (RT, 669:103, 702:120; RJTJSP, 113:301). Dispensa-se, também, a intervenção de advogado.

Se a transação recair sobre direitos contestados em juízo (*judicial*), far-se-á: **a)** por escritura pública, ou **b)** por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz (CC, art. 842). Se as partes realizarem a transação no próprio processo, mediante *termo nos autos* (ato realizado na presença do juiz, como uma espécie de ata), deverá este ser *homologado*, extinguindo-se o processo com resolução do mérito (CPC, art. 269, III). Se elegerem o *instrumento público*, valerá a transação desde que assinada pelos transigentes, independentemente da homologação judicial. O traslado deve ser juntado aos autos, para conhecimento do juiz. A homologação torna-se indispensável apenas para efeitos processuais, ou seja, para a extinção do processo (RT, 511:139; RJTJSP, 99:235; JTACSP, 105:408).

101

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A primeira importante característica da transação é a *indivisibilidade*. Deve ela formar um só todo, sem fracionar-se, mesmo abrangendo os vários aspectos do negócio. Preceitua, com efeito, o art. 848 do Código Civil: “Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta”.

Uma só cláusula que se ressinta de ineficácia contaminará todo o ato. É que a transação decorre de renúncias ou concessões recíprocas, não sendo justo que, sendo nula uma, prevaleça a outra. Se o marido, por exemplo, na transação celebrada para converter a separação litigiosa em amigável, abre mão de determinado imóvel, porque em contrapartida a mulher renunciou à pensão alimentícia, nula a primeira cláusula, não será justo que permaneça válida a segunda.

O parágrafo único do aludido dispositivo admite, no entanto, a validade de determinada cláusula da transação, mesmo sendo nula uma outra, quando autônoma e independente desta, sem nenhuma relação com a cláusula considerada ineficaz, malgrado os diversos e distintos negócios tenham sido englobados no mesmo instrumento.

A segunda característica da transação é que ela é de *interpretação restrita*. Declara o art. 843 do diploma civil que “a transação interpreta-se restritivamente”. A regra, que inviabiliza o emprego da analogia ou qualquer interpretação extensiva, decorre do fato de toda transação implicar renúncia de direito. Presume-se que o renunciante age da forma menos onerosa possível em relação a seus direitos. Na dúvida sobre se determinado bem fez parte do acordo, ou se foram convencioneiros juro, por exemplo, devem ser eles excluídos, pois só pode ser considerado o que foi expressamente mencionado.

O mesmo art. 843, na segunda parte, apresenta a terceira característica da transação, ao afirmar que “por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos”. A transação é, pois, negócio jurídico *declaratório*. Por ela são apenas declarados direitos preexistentes. No exemplo *retro*, sobre transação extrajudicial (v. n. 100), em que dois vizinhos divergiam a respeito da exata divisa de seus terrenos, a transação apenas solucionou a dúvida, não constituindo o direito. Este, preexistia àquela.

Entretanto, o art. 843, ora em estudo, deve ser combinado com o art. 845, que fala em “coisa *transferida* de uma à outra parte”. Admite-se, portanto, que um dos transigentes transfira coisa de sua propriedade ao outro, pelo instrumento da transação. Se for imóvel, a forma será a escritura pública, ocorrendo a transferência do domínio somente após o registro.

A quarta característica é que a transação *admite pena convencional* (CC, art. 847). É bastante comum a sua previsão nos acordos, especial-

mente nos celebrados perante a Justiça do Trabalho. Como o Código Civil brasileiro considera a transação um contrato, não havia necessidade da inserção do dispositivo legal em epígrafe.

102

OBJETO

Nem todos os direitos são suscetíveis de transação. Dispõe, com efeito, o art. 841 do Código Civil que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

Desde logo são afastados todos os direitos não patrimoniais, relativos à personalidade. Não se admite transação a respeito do direito à vida, à honra, à liberdade etc. Mesmo no tocante aos *direitos patrimoniais*, só se permite a transação sobre os de *caráter puramente privado*, que não interessam à ordem pública. Excluem-se os bens fora do comércio, insuscetíveis de apropriação e de alienação, e as relações jurídicas de caráter privado que despertam interesse social. Encontram-se nessa situação as questões relativas ao direito de família e ao estado das pessoas. Não se admite, por exemplo, transação sobre adoção, reconhecimento de filhos, poder familiar etc.

Quanto aos *alimentos*, são ademais irrenunciáveis (CC, art. 1.707). Por isso, a transação somente pode versar sobre o *quantum* da prestação, mas não sobre o direito em si. Admite-se a transação sobre as pensões vencidas, porque passam a integrar o patrimônio do alimentando, que bem ou mal sobreviveu sem elas.

Aduz o art. 846 do mesmo diploma que “a transação concernente a obrigações resultantes de delito não extingue a ação penal pública”. O dispositivo é considerado ocioso, uma vez que a transação só pode versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado. A responsabilidade civil é independente da criminal (CC, art. 935). Mesmo que o fato seja, ao mesmo tempo, ilícito penal e ilícito civil, por ter o ato criminoso causado danos patrimoniais à vítima, pode a reparação ser objeto de transação, sem acarretar, com isso, a extinção da ação penal movida pela justiça pública, salvo se a transação foi efetuada com essa finalidade, nos casos em que a legislação penal especial admite tal efeito. Assim, a composição amigável, pela qual o motorista causador de um acidente de veículos indeniza a vítima, não produz necessariamente o efeito de sustar o andamento da ação penal.

103

EFEITOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

Em regra, a transação só produz efeitos entre os transatores. É o que prescreve o art. 844 do Código Civil: “A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível”.

Nos parágrafos, entretanto, o aludido dispositivo abre *três exceções* a esse princípio. A primeira delas é no sentido de que o acordo celebrado entre o credor e o devedor principal *desobriga o fiador*. Como o acessório segue o principal, extinta a obrigação controvertida, extinguem-se, também, os seus acessórios, como a fiança, cuja existência depende daquela.

A segunda e a terceira exceções decorrem de aplicações das regras da solidariedade ativa e passiva: “§ 2º Se, entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores (solidariedade ativa). § 3º Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos codevedores” (solidariedade passiva).

Se a coisa, objeto da transação, renunciada ou transferida, não pertencer a um dos transigentes, e sofrer *evicção*, não ficará sem efeito o acordo. Dispõe o art. 845 do Código Civil que, nesse caso, “não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos”. Por essa regulamentação, o transator não dá garantia pelos riscos da evicção, mas fica sujeito ao ressarcimento dos danos causados ao lesado (evicto), para que não se locuplete à custa da outra parte.

QUADRO SINÓTICO – DA TRANSAÇÃO

1. Conceito	É negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes previnem ou terminam relações jurídicas controvertidas, por meio de concessões mútuas (art. 840).
2. Elementos constitutivos	a) existência de relações jurídicas <i>controvertidas</i>; b) intenção de extinguir as dívidas, para prevenir ou terminar o litígio; c) <i>acordo de vontades</i>, para o qual se exige capacidade das partes e legitimação para alienar; d) <i>concessões recíprocas</i>.

3. Natureza jurídica	Na sua <i>constituição</i> , aproxima-se do contrato, por resultar de um acordo de vontades; nos seus <i>efeitos</i> , porém, tem a natureza de pagamento indireto.
4. Espécies	a) <i>Extrajudicial</i>. Destina-se a <i>prevenir</i>, a evitar a instauração de um litígio. Realizar-se-á por <i>escritura pública</i>, nas obrigações em que a lei o exige (quando versar sobre imóveis), ou por <i>instrumento particular</i>, nas em que ela o admite. Dispensa-se a homologação. b) <i>Judicial</i>. Visa extinguir um litígio já instaurado, uma ação em curso. Far-se-á por escritura ou por termo nos autos, devendo este ser homologado.
5. Características	a) indivisibilidade (art. 848); b) de interpretação restrita (art. 843); c) negócio jurídico declaratório (art. 843, 2ª parte).
6. Objeto	Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite transação (art. 841).
7. Efeitos	— A transação só produz efeitos entre os transatores, salvo as exceções previstas nos parágrafos do art. 844 do Código Civil. — Se a coisa, renunciada ou transferida, não pertencer a um dos transigentes, e sofrer <i>evicção</i>, não ficará sem efeito o acordo. Nesse caso, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos (art. 845).

CAPÍTULO XX

DO COMPROMISSO E DA ARBITRAGEM

104

CONCEITO

Arbitragem é o acordo de vontades por meio do qual as partes, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de seus conflitos de interesses. É uma espécie de complemento da transação. Nesta, porém, os próprios interessados, mediante concessões mútuas, dirimem suas controvérsias. Na arbitragem, de comum acordo transferem a terceiros a solução, por não se sentirem habilitados a resolvê-las pessoalmente.

O Código Civil regula, nos arts. 851 a 853, a formação do *compromisso*, que precede ao *juízo arbitral* (é meio de existência deste). O último era tratado nos arts. 1.071 a 1.102 do Código de Processo Civil. A *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*, em seu art. 44, revogou os referidos artigos do estatuto processual civil e os do Código Civil de 1916 que disciplinavam o compromisso, unificando a legislação sobre a *arbitragem*, tanto no plano interno como no internacional. Atualmente, pois, a arbitragem nacional e a internacional estão submetidas ao mesmo regramento.

A referida lei dispõe no art. 1º que “as pessoas *capazes* de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”. Exclui, portanto, desse sistema as questões relativas aos direitos da personalidade e aos direitos de família, como alimentos, interdição, investigação de paternidade etc. No mesmo sentido dispõe o art. 852 do estatuto civil: “É vedado o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

O Código Civil preceitua, no art. 853, que “admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em *lei especial*”. A *cláusula compromissó-*

ria (ou cláusula arbitral) constitui simples promessa de celebração de um compromisso, se surgirem dúvidas ou conflitos na execução do contrato então firmado. O compromisso (CC) e o juízo arbitral (CPC) foram aglutinados na Lei n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem), sob a rubrica de *compromisso arbitral*. A convenção de arbitragem, em virtude da referida lei, hoje, é de duas espécies: *Cláusula Compromissória* (simples promessa de celebrar compromisso) e *Compromisso Arbitral* (regulamentação definitiva da arbitragem, feita após o surgimento do conflito de interesses).

A arbitragem é meio rápido e racional de solução de conflitos de interesses, especialmente de natureza contratual, muito utilizado em países da Europa, como a Inglaterra e a França.

105 NATUREZA JURÍDICA

Diverge-se a respeito da natureza jurídica do compromisso. Para uns, equipara-se a um *contrato*, por resultar de um acordo de vontades e requerer capacidade das partes, objeto lícito e forma especial. Entretanto, considerando que o seu objetivo não é criar, modificar ou extinguir direitos, o Código Civil de 1916 o incluiu entre os *meios extintivos de obrigações*, recebendo esse mesmo tratamento na Lei n. 9.307/96. O atual Código Civil, diversamente, inseriu o compromisso no Título VI (“Das várias espécies de contrato”), dispensando-lhe o tratamento de contrato nominado.

106 CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Pelo compromisso arbitral os juízes togados são afastados, confiando-se a prestação jurisdicional a juízes particulares, escolhidos de comum acordo pelas próprias partes. Trata-se de uma espécie de privatização da justiça.

Faz-se mister analisar a constitucionalidade da referida Lei n. 9.307/96, que regula atualmente o citado sistema, por aparentemente colidir com o preceito do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, de que a lei não poderá excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. No caso da arbitragem, entretanto, ela é escolhida livremente pelas partes, não havendo qualquer imposição do legislador. A lei faculta, e não impõe, aos interessados esse modo de compo-

sição privada de lides. O art. 33, § 3º, permite a arguição de *nulidade da sentença arbitral* perante juiz togado, bem como quando houver *resistência* de uma das partes para a celebração do compromisso, havendo cláusula compromissória, além de outras hipóteses. A *execução coativa* da decisão arbitral só ocorre perante o Judiciário.

Desse modo, em caso de ilicitudes e irregularidades, o Judiciário pode ser acionado, para evitar ou reparar lesões eventualmente ocorridas. Embora as convenções arbitrais resultem de acordo dos interessados, têm os seus limites na lei. As decisões, na arbitragem, não cabem ao Judiciário, mas a sua intervenção se faz necessária para coibir abusos, nos casos previstos na lei.

107

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL

Ao celebrar qualquer contrato que tenha por objeto direitos patrimoniais disponíveis, podem as partes estipular, *preventivamente*, que eventual dúvida ou conflito de interesses que venha a surgir durante a sua execução seja submetida à decisão do juízo arbitral. Tal deliberação denomina-se *Cláusula Compromissória*, e é simultânea à formação da obrigação. Nasce junto com o contrato principal, do qual é parte acessória. Pode estar nele inserto ou em documento apartado que *a ela se refira*.

Assim dispõe o § 1º do art. 4º da Lei da Arbitragem, cujo *caput* estabelece: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Percebe-se o caráter preventivo da estipulação pela expressão “litígios que possam vir a surgir”.

O art. 8º da aludida lei complementa: “A cláusula compromissória é *autônoma* em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. Deve esta ser estipulada *por escrito*. Nos *contratos de adesão* só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (art. 4º, §§ 1º e 2º).

Na cláusula compromissória, se as partes reportarem-se ou escolherem as regras de algum *órgão arbitral* institucional ou especializado, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras (art. 5º).

O *Compromisso Arbitral* constitui “convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (art. 9º). Só será firmado se, durante a execução do contrato, surgir algum conflito de interesses entre os contratantes. Pode ser celebrado em cumprimento a cláusula compromissória ou independentemente desta, se as partes já estiverem a litigar ou na iminência de fazê-lo.

A qualquer tempo, durante a vigência de um contrato, no qual não haja previsão sobre a maneira de se eliminarem dúvidas futuras, tenha sido ou não ajuizada a demanda, podem as partes renunciar à justiça comum e atribuir a árbitros a solução.

Existindo cláusula compromissória, e não havendo acordo sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra sua intenção de dar início à arbitragem, convocando-a para firmar o compromisso (art. 6º). A interpelação poderá ser feita por qualquer meio de comunicação, mediante comprovação de recebimento. Se esta não comparecer ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, a que tomou a iniciativa da convocação poderá propor a demanda de que trata o art. 7º da lei, a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

O autor deverá indicar, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. Na audiência, frustrada a tentativa de conciliação, decidirá o juiz. Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. A sentença que julgar o pedido valerá como compromisso arbitral.

108

ESPÉCIES DE COMPROMISSO ARBITRAL

Segundo dispõe o art. 9º da Lei da Arbitragem, o compromisso pode ser *judicial* ou *extrajudicial*. A primeira hipótese pressupõe demanda em andamento. Nesse caso, celebrar-se-á o compromisso no próprio processo, por *termo nos autos*. Se ainda não foi ajuizada nenhuma deman-

da, o compromisso extrajudicial poderá ser celebrado por *escritura pública* ou *escrito particular*, assinado pelas partes e por duas testemunhas.

Celebrado o compromisso na *pendência da lide*, cessam as funções do juiz togado, que passam a ser exercidas pelos árbitros, inclusive a de proferir decisão. Aperfeiçoado o compromisso *extrajudicial*, a ação não poderá ser mais ajuizada, salvo nos casos expressos em lei.

A arbitragem poderá ser *de direito* ou *de equidade*, a critério das partes, que devem ser *capazes* de contratar. Podem escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem realize-se com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (LA, arts. 1º e 2º).

109 REQUISITOS

O art. 10 da Lei da Arbitragem prescreve que deve constar, *obrigatoriamente*, do compromisso arbitral: **a)** o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; **b)** o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; **c)** a matéria que será objeto da arbitragem; **d)** o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Faculta o art. 11 a inserção de outras cláusulas, se as partes o desejarem, que contenham: **a)** local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; **b)** a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; **c)** o prazo para apresentação da sentença arbitral; **d)** a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; **e)** a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; **f)** a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

110 EXTINÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL

Consoante dispõe o art. 12 da Lei n. 9.307/96, extingue-se o compromisso arbitral: **a)** escusando-se qualquer dos árbitros, antes de

aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto; **b)** falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; **c)** tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

111 DOS ÁRBITROS

Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes. Estas nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes; se em número par, presume-se também autorizados a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes a órgão do Judiciário a nomeação.

No desempenho de sua função, deverá o árbitro proceder com imparcialidade, independência, diligência e discrição. Aplicam-se-lhe as mesmas regras sobre impedimentos e suspeições previstas para todos os juízes (art. 13).

112 DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelos árbitros (art. 19). Após essa fase, o nomeado só poderá ser recusado mediante oposição de exceção.

É lícito às partes estabelecer o procedimento a ser seguido. Não havendo previsão a respeito, competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. Serão sempre respeitados, no procedimento arbitral, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, §§ 1º e 2º).

113 DA SENTENÇA ARBITRAL

A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes, ou no prazo de *seis meses*, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, caso nada tenha sido convencionado (art.

23). Produz entre as partes, e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos juízes togados. Sendo condenatória, constitui título executivo (art. 31).

O art. 32 da lei em epígrafe declara *nula* a sentença se: **a)** for nulo o compromisso; **b)** emanou de quem não podia ser árbitro; **c)** não contiver os requisitos do art. 26 da mesma lei; **d)** for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; **e)** não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; **f)** comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; **g)** proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, III, da referida lei; **h)** forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, da aludida lei.

Preceitua, ainda, o art. 34 que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da mesma lei.

114 IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO ARBITRAL

O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (LA, art. 18). Na legislação revogada, em princípio não cabia recurso da decisão arbitral, mas podia ser convencionada a recorribilidade. Havia, portanto, o compromisso sem recurso e com recurso. Hoje, entretanto, não se admite que fique sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Mas pode ser impugnada judicialmente a sentença arbitral, se for *nula*, nas hipóteses previstas no art. 32, retromencionado (v. n. 113). Dispõe o art. 33 que a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação de nulidade nos referidos casos, e que a demanda seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, devendo ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento (§ 1º).

A decretação da *nulidade* da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme os arts. 475-L, II, e 475-N, IV, do Código de Processo Civil, se for exigido o seu cumprimento.

QUADRO SINÓTICO – DO COMPROMISSO E DA ARBITRAGEM

1. Conceito	Arbitragem é o acordo de vontades por meio do qual as partes, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de seus conflitos de interesses.
2. Regulação	O Código Civil regula, nos arts. 851 a 853, a formação do <i>compromisso</i> , que precede ao juízo arbitral (é meio de existência deste). A Lei n. 9.307, de 23-9-1996, unificou a legislação sobre arbitragem. O art. 853 do Código dispõe que “admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em <i>lei especial</i> ”.
3. Cláusula compromissória e compromisso	A <i>cláusula compromissória</i> constitui simples promessa de celebração de um compromisso, se surgirem dúvidas ou conflitos na execução do contrato. <i>Compromisso arbitral</i> é a regulamentação definitiva da arbitragem, feita após o surgimento do conflito de interesses.
4. Natureza jurídica do compromisso	Constitui meio extintivo de obrigações, sendo assim tratado na Lei n. 9.307/96. O CC/2002, todavia, dispensou-lhe o tratamento de contrato nominado, equiparando-o, portanto, a um contrato.
5. Efeitos do compromisso arbitral	a) exclusão da intervenção do juiz na solução do litígio; b) submissão dos compromitentes à sentença arbitral.

SEGUNDA PARTE

DOS ATOS UNILATERAIS

CAPÍTULO I DA PROMESSA DE RECOMPENSA

Assim como os contratos e os atos ilícitos, as declarações unilaterais da vontade constituem fontes de obrigações. O Código Civil, sob o título “Dos atos unilaterais”, disciplina a promessa de recompensa, a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa. No título seguinte, concernente aos títulos de crédito, trata do título ao portador.

Uma vez emitida a promessa, dirigida a pessoa indeterminada, o promitente fica vinculado obrigacionalmente, se não a revogar com a mesma publicidade com que a fez (art. 856). O seu cumprimento é, portanto, obrigatório. Se revogá-la, o candidato de boa-fé que houver feito despesas terá direito a reembolso (parágrafo único). Dispõe o art. 854: “Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de fazer o prometido”. Como exemplo pode ser mencionada a oferta, veiculada em jornal, de recompensa a quem encontrar determinado objeto, ou certo animal de estimação. Para que se torne obrigatória a promessa, entretanto, são exigidos três requisitos: **a)** que lhe tenha sido dada publicidade; **b)** que o seu objeto seja lícito; **c)** que tenha emanado de pessoa capaz.

Quem quer que faça o serviço, ou satisfaça a condição imposta, ainda que não tenha agido visando à recompensa, poderá exigí-la (art.

855). Se o seu valor não tiver sido estipulado pelo promitente, e não houver acordo entre as partes, será ele fixado pelo juiz. Se o ato contemplado na promessa for praticado por mais de uma pessoa, terá direito à recompensa a que primeiro o executou (art. 857). Sendo simultânea a execução, a cada uma tocará quinhão igual na recompensa. Se essa não for divisível, conferir-se-á por sorteio, e o que obtiver a coisa dará ao outro o valor de seu quinhão (art. 858). Nos *concursos* que se abrirem (em geral, para a apresentação de trabalhos literários, científicos e artísticos), com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo. Enquanto este não se escoar, a promessa é irrevogável. A decisão da pessoa nomeada nos anúncios como juiz obriga os interessados (art. 859, § 1º). A promessa visa estimular o trabalho intelectual. As obras premiadas serão do promitente se assim for estipulado na publicação da promessa (art. 860).

QUADRO SINÓTICO – DA PROMESSA DE RECOMPENSA

1. Declaração unilateral da vontade	Assim como os contratos e os atos ilícitos, as declarações unilaterais de vontade constituem <i>fontes de obrigações</i> . O CC/2002, sob o título “Dos atos unilaterais”, disciplina a promessa de recompensa, a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa. No título concernente aos títulos de crédito, trata do título ao portador.
2. Conceito	É a declaração de vontade, feita publicamente, pela qual o declarante promete gratificar a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço (art. 854). Antes da prestação, pode revogá-la, com a mesma publicidade, respondendo, porém, pelo reembolso das despesas já realizadas pelo candidato de boa-fé (art. 856, parágrafo único).
3. Requisitos	a) que lhe tenha sido dada publicidade; b) que o seu objeto seja lícito; c) que tenha emanado de pessoa capaz.
4. Efeitos	— Vinculação do promitente, uma vez dada publicidade à declaração de vontade, dirigida a pessoa indeterminada.

4. Efeitos	— Direito do credor a receber a recompensa, se comprovar a satisfação da condição exigida, ainda que não tenha agido visando recebê-la (art. 855). — Direito à recompensa a que primeiro executou o ato, se praticado por mais de uma pessoa (art. 857). Sendo simultânea a execução, a cada um tocará quinhão igual na recompensa (art. 858).
5. Promessa nos concursos	Nos <i>concurso</i>s que se abrirem, com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo. Enquanto este não se escoar, a promessa é irrevogável (art. 859).

CAPÍTULO II

DA GESTÃO DE NEGÓCIOS

115

CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Dá-se a gestão de negócios quando uma pessoa, sem autorização do interessado, intervém na administração de negócio alheio, dirigindo-o segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono (CC, art. 861). Constam dessa regra os seus principais *pressupostos*: **a)** tratar-se de negócio alheio; **b)** falta de autorização do dono; **c)** atuação do gestor no interesse e vontade presumida do *dominus* (se a gestão for iniciada contra a vontade do interessado, responderá o gestor até pelo fortuito, não provando que teria sobrevivido de qualquer modo, como dispõe o art. 862); **d)** limitar-se a ação a atos de natureza patrimonial (negócios), porque os outros exigem sempre a outorga de poderes; e **e)** intervenção motivada por necessidade ou pela utilidade, com a intenção de trazer proveito para o dono (despachante que recolhe imposto para cliente de outro negócio, no último dia do prazo, p. ex.). Este último constitui a razão de ser do referido contrato, que para alguns constitui um *quase contrato*, como era no direito romano, devido à falta do acordo de vontades. Embora se assemelhe ao *mandato tácito*, deste se distingue pela inexistência de prévia avença, por ser sempre gratuito e depender de ratificação (aprovação, pelo dono do negócio, do comportamento do gestor). Esta pode ser expressa ou tácita (quando, ciente da gestão e podendo desautorizá-la, silencia). Dispõe o art. 873 que a *ratificação* pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão e produz todos os efeitos do mandato. O Código Civil de 1916 incluiu a gestão de negócios no rol dos contratos nominados. O diploma de 2002, porém, a inseriu, mais adequadamente, no título concernente aos atos unilaterais.

116

OBRIGAÇÕES DO GESTOR E DO DONO DO NEGÓCIO

As do *primeiro* são, em regra, as do mandatário. O Código Civil, entretanto, destaca as seguintes: **a)** comunicar a gestão ao dono do negócio, aguardando-lhe a resposta, se da espera não resultar perigo (art. 864), e levando-o a cabo, se aquele, ou seus herdeiros, nada fizerem (art. 865); **b)** envidar, nesse mister, a sua diligência habitual, resarcindo ao dono todo o prejuízo decorrente de qualquer culpa na gestão (art. 866); **c)** não promover operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, nem preterir interesses deste, em proveito de interesses seus, sob pena de responder pelo caso fortuito (art. 868).

As obrigações do *dono do negócio* são, basicamente: **a)** indenizar o gestor das despesas necessárias e dos prejuízos que houver sofrido; **b)** cumprir as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis, se o negócio for *utilmente* administrado (gestão útil), apreciando-se a utilidade não pelo resultado obtido, mas segundo as circunstâncias da ocasião em que se fizerem; **c)** igualmente, quando a gestão se proponha a acudir a prejuízos iminentes, ou redunde em proveito do dono do negócio, ou da coisa, pois nesses casos a utilidade decorre do próprio fato (gestão necessária); **d)** reembolsar, quando obrigado legalmente a fornecer *alimentos* a alguém e estiver ausente, ao gestor que os prestar, ainda que não tenha ratificado o ato, bem como as despesas do enterro feitas por terceiro (arts. 871 e 872).

QUADRO SINÓTICO – GESTÃO DE NEGÓCIOS

1. Conceito	Dá-se a gestão de negócios quando uma pessoa, sem autorização do interessado, intervém na administração de negócio alheio, dirigindo-o segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono (art. 861).
2. Pressupostos	a) tratar-se de negócio alheio; b) falta de autorização do dono; c) atuação do gestor no interesse e vontade presumida do <i>dominus</i> ;

2. Pressu- postos	d) limitar-se a ação a atos de natureza patrimonial; e) intervenção motivada por necessidade ou pela utilidade, com a intenção de trazer proveito para o dono.
3. Obrig- ações do gestor	São, em regra, as do mandatário. O CC, entretanto, destaca as seguintes: a) Comunicar a gestão ao dono do negócio, aguardando-lhe a resposta, se da espera não resultar perigo (art. 864). b) Envidar, nesse mister, a sua diligência habitual, ressarcindo ao dono todo o prejuízo decorrente de qualquer culpa na gestão (art. 866). c) Não promover operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, nem preterir interesses deste, em proveito de interesses seus, sob pena de responder pelo caso fortuito (art. 868).
4. Obrig- ações do dono do negócio	a) Indenizar o gestor das despesas necessárias e dos prejuízos que houver sofrido. b) Cumprir as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis, se o negócio for <i>utilmente</i> administrado. c) Igualmente, quando a gestão se proponha a acudir a prejuízos iminentes, ou redunde em proveito do dono do negócio, ou da coisa (gestão necessária). d) Reembolsar, quando obrigado legalmente a fornecer <i>alimentos</i> a alguém e estiver ausente, ao gestor que os prestar, bem como as despesas do enterro feitas por terceiro (arts. 871 e 872).

CAPÍTULO III

DO PAGAMENTO INDEVIDO

117

CONCEITO E ESPÉCIES

O pagamento indevido constitui um modo de enriquecimento sem causa. Por essa razão, preceitua o art. 876 do Código Civil: “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”. Com efeito, ninguém pode locupletar-se, sem causa ou razão jurídica, com o alheio. Aduz o aludido dispositivo que a mesma obrigação “incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprir a condição”. Entretanto, não será obrigado a restituir o que recebeu o pagamento antes do termo, porque é lícito ao devedor renunciar a ele e pagar a dívida antes do vencimento (CC, art. 133), sem poder alegar que o credor enriqueceu indevidamente. Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido (art. 881).

É requisito da ação de repetição de indébito que o pagamento tenha sido efetuado *voluntariamente* e por *erro* (CC, art. 877). Se não foi efetuado espontaneamente, mas em virtude de decisão judicial, incabível se mostra a referida ação, ainda que se trate de quantia não devida, sendo adequada a ação rescisória do julgado. A prova do erro, que pode ser de *fato* ou de *direito* e *escusável ou grosseiro*, é também exigida no aludido dispositivo. Entende a doutrina que efetua uma *liberalidade* e não tem direito à repetição aquele que deliberadamente satisfaz o que sabe não devido.

A jurisprudência tem dispensado a prova do erro e deferido a restituição ao *solvens* quando se trata de pagamento de impostos, contentando-se com a prova de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade. Também tem proclamado que a correção monetária é devida a partir

do indevido pagamento e não apenas a contar do ajuizamento da ação de repetição do indébito. Entretanto, o Código Tributário Nacional estabelece que os juros só são devidos desde o trânsito em julgado da sentença (art. 167, parágrafo único).

Há duas espécies de pagamento indevido: o *indébito objetivo* e o *indébito subjetivo*. Dá-se o *objetivo* quando o erro diz respeito à *existência e extensão* da obrigação, ou seja, quando o *solvens* paga dívida inexistente, mas que supunha existir, ou débito que já existiu, mas se encontra extinto, ou, ainda, quando paga mais do que realmente deve. Configura-se o *indébito subjetivo* quando a dívida realmente existe e o engano é pertinente a *quem paga* (que não é a pessoa obrigada) ou a *quem recebe* (que não é o verdadeiro credor). É o que acontece quando alguém, por engano, paga dívida da empresa da qual é sócio, supondo que se tratava de dívida pessoal; ou de quem, por engano, deposita o pagamento na conta bancária de quem não é o verdadeiro credor, mas seu irmão, cujo nome é semelhante ao daquele.

118 “ACCIPIENS” DE BOA E DE MÁ-FÉ

Prescreve o art. 878 do Código Civil que “aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto neste Código sobre o possuidor de boa-fé ou de má-fé, conforme o caso”.

Aquele que recebe, de boa-fé, pagamento indevido, sendo obrigado a restituí-lo, é equiparado ao possuidor de boa-fé, fazendo jus aos frutos da coisa recebida, às benfeitorias necessárias e úteis, ao direito de retenção etc. Se de má-fé, não tem direito aos frutos e será ressarcido somente pelas benfeitorias necessárias, sem poder valer-se do recurso da retenção.

119 RECEBIMENTO INDEVIDO DE IMÓVEL

Quando o pagamento indevido é constituído pela entrega de um *imóvel*, este deve ser restituído ao *solvens*. Às vezes, no entanto, o *accipiens* já o alienou a terceiro. Se o fez em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos (CC, art. 879). Se o

terceiro adquiriu o imóvel a título *oneroso* e de *boa-fé*, o proprietário, que o entregou indevidamente em pagamento, não obterá sucesso na reivindicação. A lei, nesses casos, protege o primeiro. O *solvens* terá direito, apenas, ao preço recebido do terceiro pelo *accipiens*, que ainda responderá por perdas e danos, se obrou de má-fé, como supramencionado. Somente recuperará o imóvel, sofrendo a perda o terceiro, se este o adquiriu de *má-fé*, isto é, sabendo que o alienante o recebera indevidamente, ou se o adquiriu a *título gratuito*. Nesse caso, não importa se agiu de boa ou de má-fé. Perderá o imóvel para o proprietário, nos dois casos (art. 879, parágrafo único).

Em resumo: se o pagamento indevido tem por objeto bem *imóvel*, o proprietário, provado o erro, terá direito à reivindicação: **a)** se o bem ainda se encontra em poder do *accipiens*; **b)** se este o alienou a título gratuito; **c)** se o alienou a título oneroso e o terceiro adquirente agiu de má-fé. Frise-se que, em regra, sendo o domínio o mais completo dos direitos reais, o seu titular pode perseguir e reivindicar a coisa em poder de quem quer que ela se encontre (*jus persequendí*), ainda que de terceiro de boa-fé. A exceção foi aberta em favor do terceiro adquirente a título oneroso e de boa-fé somente na hipótese de pagamento indevido, em que o proprietário mostrou-se negligente, incorrendo em erro.

120 PAGAMENTO INDEVIDO SEM DIREITO À REPETIÇÃO

O Código Civil abre três exceções à regra que assegura o direito à repetição a quem efetua pagamento indevido, voluntariamente e por erro.

A primeira acha-se no art. 880, que isenta de “restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador”.

Trata o dispositivo do recebimento, de boa-fé, de dívida verdadeira, paga por quem descobre, posteriormente, não ser o devedor. Se o *título foi inutilizado*, o credor não está obrigado a restituir a impor-

tância recebida, porque não poderá mais, sem título, cobrar a dívida do verdadeiro devedor. Contra este o *solvens*, que não deve ser prejudicado, dirigirá a ação regressiva, para evitar o enriquecimento indevido do réu. Assim também ocorrerá se o *accipiens* de boa-fé deixou *prescrever* a pretensão que poderia deduzir contra o verdadeiro devedor, ou se abriu mão das *garantias* de seu crédito.

A segunda exceção está contemplada no art. 882: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”. Quem paga obrigação natural, judicialmente inexigível, como dívida de jogo, cumpre um dever moral, que se encontra em seu íntimo. Não pode afirmar que pagou indevidamente, nem que o *accipiens* experimentou enriquecimento sem causa. Embora inexigível, a dívida, paga voluntariamente, existia. O mesmo ocorre com a dívida prescrita.

Por fim, dispõe o art. 883: “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”. Se alguém, por exemplo, contrata uma pessoa, pagando-lhe certa importância para que cometa um crime, não terá direito de repetir se esta embolsar o dinheiro e não cumprir o prometido. Mesmo que, nesse caso, possa haver um enriquecimento ilícito do criminoso, que embolsou o pagamento, não assiste ao *solvens* direito à repetição, pois o legislador deu prevalência ao princípio de que ninguém pode valer-se da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Nesse caso, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz (parágrafo único).

Por fim, preceitua o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

QUADRO SINÓTICO – DO PAGAMENTO INDEVIDO

1. Conceito

Constitui modo de enriquecimento sem causa. Configura-se quando alguém recebe o que lhe não era devido. Como ninguém pode locupletar-se com o alheio, sem causa ou

1. Conceito	razão jurídica, fica o <i>accipiens</i> obrigado a restituir o que recebeu indevidamente (art. 876).
2. Espécies	a) <i>Indébito objetivo</i>: quando o <i>solvens</i> paga dívida inexistente, mas que supunha existir, ou débito que já existiu, mas se encontra extinto, ou ainda quando paga mais do que realmente deve. b) <i>Indébito subjetivo</i>: quando a dívida realmente existe e o engano é pertinente a <i>quem paga</i> ou a <i>quem recebe</i>.
3. Requisitos	É requisito da ação de repetição de indébito que o pagamento tenha sido efetuado <i>voluntariamente</i> e por <i>erro</i> (art. 877). A prova do erro é dispensada quando se trata de pagamento de impostos, bastando nesse caso a prova de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade.
4. Exclusão do direito à repetição	a) Quando o <i>accipiens</i>, recebendo o pagamento indevido como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito (art. 880). b) Quando o pagamento foi efetuado para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível (art. 882). c) Quando o pagamento foi feito para a obtenção de fim ilícito, imoral ou proibido por lei (art. 883).

CAPÍTULO IV

DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

121

CONCEITO

O princípio que veda o enriquecimento sem causa, fundado na equidade, já era conhecido e aplicado no direito romano. As ações destinadas a evitar o locupletamento de coisa alheia, sem causa jurídica, recebiam o nome genérico de *condictiones*, ou *conditio sine causa*. Hoje, várias são as ações que têm esse objetivo, como a de repetição de indébito (em caso de pagamento indevido), a de locupletamento ilícito (na cobrança de cheque prescrito, representativo de um empréstimo não pago), a de indenização etc. Constituem espécies do gênero das ações de *in rem verso*.

Embora não tenha sido regulamentado em capítulo próprio, é indubitável que o Código Civil de 1916 o acolheu em dispositivos esparsos, adotando sempre soluções destinadas a afastar o locupletamento de alguém à custa de outrem. Assim ocorreu, por exemplo, ao determinar a restituição da importância recebida, em caso de pagamento indevido; ao reconhecer o direito ao ressarcimento das despesas da produção e custeio e das benfeitorias necessárias ao possuidor de má-fé; ao proclamar o direito a indenização do construtor de boa-fé em terreno alheio etc. Somente o pagamento indevido, que é um dos modos de enriquecimento sem causa, foi disciplinado sistematicamente no referido diploma, podendo ser combatido por ação específica, a de repetição do indébito, espécie do gênero das ações de *in rem verso*.

O Código Civil de 2002, contudo, dedicou-lhe capítulo específico (arts. 884 a 886), no título concernente aos “Atos Unilaterais”. Dispõe o art. 884 do aludido diploma: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, “quem a recebeu é obri-

gado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido” (parágrafo único).

122 REQUISITOS DA AÇÃO DE “IN REM VERSO”

São pressupostos da referida ação: **a)** enriquecimento do *accipiens* (do que recebe ou lucra); **b)** empobrecimento do *solvens* (do que paga ou sofre o prejuízo); **c)** relação de causalidade; **d)** ausência de causa jurídica (contrato ou lei); **e)** inexistência de ação específica.

O *enriquecimento* compreende não só o aumento patrimonial, como também qualquer vantagem, como a decorrente da omissão de uma despesa. O concubino evita gastos em razão dos serviços domésticos prestados pela concubina, posteriormente abandonada.

O *empobrecimento* do *solvens* pode consistir em diminuição de seu patrimônio (como ocorre no pagamento indevido) ou em não percepção de verba a que faz jus, como a contraprestação de serviços prestados ou a indenização prevista em lei.

A *relação de causalidade* significa que enriquecimento e empobrecimento são resultantes de um mesmo fato. Assim, o enriquecimento do *accipiens* deve ter por causa o empobrecimento do *solvens*, e vice-versa. Em geral, o lucro de um equivale ao prejuízo de outro. Quando isso, excepcionalmente, não acontecer, e os valores forem diversos, a indenização se fixará pela cifra menor. Se o enriquecimento foi de *dez* e o empobrecimento de *quinze*, o *accipiens* não pode ser obrigado a devolver mais do que recebeu. Assim, a indenização será de *dez*. Se a situação for a contrária, também a indenização será de *dez*, porque o *solvens* não pode pretender mais do que perdeu.

A *ausência de causa jurídica* é o requisito mais importante, o que realmente configura o enriquecimento sem causa. É muito comum, em um negócio, um dos contratantes lucrar e o outro perder. Mas não se pode falar em enriquecimento sem causa, porque houve um contrato entre ambos, uma causa jurídica para o lucro obtido. Configura-se o locupletamento ilícito somente quando inexistente contrato, ou dispositivo de lei, a justificar o aludido proveito, como ocorre no pagamento indevido. Se “A” deve a “B”, mas por engano paga a “C”, este experimentará um enriquecimento sem causa, porque não era parte

no contrato. Fica, por isso, obrigado a restituir o que indevidamente recebeu (CC, art. 884). Prescreve o art. 885 que “a restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.

Só cabe ação de *in rem verso* quando *inexiste ação específica*. Tem ela, pois, caráter *subsidiário*. Dispõe, com efeito, o art. 886 do citado diploma que “não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. Embora, por exemplo, o locador alegue o enriquecimento sem causa, à sua custa, do locatário que não vem pagando regularmente os aluguéis, resta-lhe ajuizar a ação de despejo por falta de pagamento, ou a ação de cobrança dos aluguéis, não podendo ajuizar a de *in rem verso*. Se deixou prescrever a pretensão específica, também não poderá socorrer-se desta última. Caso contrário, as demais ações seriam absorvidas por ela.

QUADRO SINÓTICO – DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

1. Conceito	Configura-se quando alguém se locupleta de coisa alheia, aumentando o seu patrimônio ou se beneficiando de alguma vantagem, sem causa jurídica, acarretando, em consequência, o empobrecimento do <i>solvens</i> .
2. Requisitos da ação de <i>in rem verso</i>	a) <i>Enriquecimento</i> do que recebe ou lucra (<i>accipiens</i>). Compreende qualquer vantagem. b) <i>Empobrecimento</i> do que paga ou sofre o prejuízo (<i>solvens</i>). Pode consistir em diminuição do seu patrimônio ou em não percepção de verba a que faz jus. c) <i>Relação de causalidade</i>. O enriquecimento do <i>accipiens</i> deve ter por causa o empobrecimento do <i>solvens</i>, e vice-versa. d) Ausência de <i>causa jurídica</i> (art. 885). e) Inexistência de <i>ação específica</i>, visto que a ação de <i>in rem verso</i> tem caráter <i>subsidiário</i>.

CAPÍTULO V

DO TÍTULO AO PORTADOR

Preceitua o art. 905 do Código Civil que “o possuidor de título ao portador tem direito à prestação nele indicada, mediante a sua simples apresentação ao devedor”. O subscritor, ou emissor, porém, exonera-se, pagando a qualquer detentor, esteja ou não autorizado a dispor do título. Portanto, para exigir a prestação é bastante a posse do título. Para que cesse a presunção de que o portador do título está autorizado a receber é indispensável que tenha havido oposição judicial de terceiro, devidamente fundada. A obrigação do emitente subsiste, ainda que o título tenha entrado em circulação contra a sua vontade (art. 905, parágrafo único). A transmissão do título se faz por simples tradição manual. Contudo, só são exigíveis os títulos ao portador cuja emissão tenha sido autorizada por lei especial (art. 907). Ocorre que o legislador pátrio, na época do Governo Collor, proibiu a emissão de títulos ao portador.

QUADRO SINÓTICO – DO TÍTULO AO PORTADOR

1. Conceito	É o documento pelo qual seu emitente se obriga a uma prestação a quem se apresentar como seu detentor para recebê-la.
2. Transmissão	Faz-se por simples tradição manual (art. 904).
3. Requisitos	a) indeterminação do credor; b) emissão autorizada por lei especial (art. 907); c) promessa de realizar certa prestação.

TÍTULOS JÁ LANÇADOS

- Volume 1 — Direito Civil** — Parte Geral
- Volume 2 — Direito Civil** — Direito de Família
- Volume 3 — Direito Civil** — Direito das Coisas
- Volume 4 — Direito Civil** — Direito das Sucessões
- Volume 5 — Direito Civil** — Direito das Obrigações — Parte Geral
- Volume 6, tomo I — Direito Civil** — Direito das Obrigações — Parte Especial
- Volume 6, tomo II — Direito Civil** — Responsabilidade Civil
- Volume 7 — Direito Penal** — Parte Geral
- Volume 8 — Direito Penal** — Dos crimes contra a pessoa
- Volume 9 — Direito Penal** — Dos crimes contra o patrimônio
- Volume 10 — Direito Penal** — Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração
- Volume 11 — Processo Civil** — Teoria geral do processo de conhecimento
- Volume 12 — Processo Civil** — Processo de execução e cautelar
- Volume 13 — Processo Civil** — Procedimentos especiais
- Volume 14 — Processo Penal** — Parte Geral
- Volume 15, tomo I — Processo Penal** — Procedimentos, nulidades e recursos
- Volume 15, tomo II — Juizados Especiais Cíveis e Criminais** — estaduais e federais
- Volume 16 — Direito Tributário**
- Volume 17 — Direito Constitucional** — Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais
- Volume 18 — Direito Constitucional** — Da organização do Estado, dos poderes e histórico das Constituições
- Volume 19 — Direito Administrativo** — Parte I

Volume 20 — Direito Administrativo — Parte II

Volume 21 — Direito Comercial — Direito de empresa e sociedades empresárias

Volume 22 — Direito Comercial — Títulos de crédito e contratos mercantis

Volume 23 — Direito Falimentar

Volume 24 — Legislação Penal Especial — Crimes hediondos — tóxicos — terrorismo — tortura — arma de fogo — contravenções penais — crimes de trânsito

Volume 25 — Direito Previdenciário

Volume 26 — Tutela de Interesses Difusos e Coletivos

Volume 27 — Direito do Trabalho — Teoria geral a segurança e saúde

Volume 28 — Direito do Trabalho — Duração do trabalho a direito de greve

Volume 30 — Direitos Humanos